


J. & O. Cremazie,
Libraires,
12, rue La Fabrique.





COURS

DE DROIT FRANÇAIS,

SUIVANT LE CODE CIVIL.



IMP. DE HAUMAN ET Ce.—DELTOMBE, GÉRANT.
Rue du Nord, nº 8.

COURS
DE DROIT FRANÇAIS,
SUIVANT LE CODE CIVIL,

AVEC DES SOMMAIRES OU EXPOSÉS ANALYTIQUES EN TÊTE DE CHAQUE CHAPITRE
ET SECTION DE MATIÈRE,
UNE TABLE GÉNÉRALE A LA FIN DE CHAQUE VOLUME ET DES NOTES INDICATIVES DES LOIS ROMAINES
ET ANCIENNES ORDONNANCES OÙ ONT ÉTÉ PUISÉES LES LOIS NOUVELLES,
ET CONTENANT LES OBSERVATIONS QUI NE POUVAIENT ENTRER DANS LE TEXTE
SANS EN INTERROMPRE LA MARCHE;

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE PARIS, MEMBRE DE LA LÉGION D'HONNEUR.

QUATRIÈME ÉDITION,

CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

CONTENANT

LE TEXTE DES LOIS QUI ONT MODIFIÉ LA LÉGISLATION EN BELGIQUE,
LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET DES COURS D'APPEL BELGES,
LE RENVOI DE CHAQUE ARTICLE DU CODE FRANÇAIS A L'ARTICLE CORRESPONDANT DU NOUVEAU CODE DE HOLLANDE;
LA CONCORDANCE ENTRE LE CODE CIVIL FRANÇAIS ET LES CODES ÉTRANGERS;
LE TEXTE DES CODES 1° FRANÇAIS; 2° DES DEUX-SICILES; 3° DE LA LOUISIANE; 4° SARDE;
5° DU CANTON DE VAUD; 6° HOLLANDAIS;
7° BAVAROIS; 8° AUTRICHIEN; 9° PRUSSIEN; 10° SUÉDOIS; 11° DE BERNE;
12° DE FRIBOURG; 13° D'ARGOVIE; 14° DE BADE; 15° D'HAÏTI,
ET LES LOIS HYPOTHÉCAIRES DE 1° SUÈDE; 2° WURTEMBERG; 3° GENÈVE; 4° FRIBOURG;
5° SAINT-GALL; 6° LA GRÈCE.

TABLE ANALYTIQUE PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

TOME SIXIÈME. 10-11

BRUXELLES.

SOCIÉTÉ BELGE DE LIBRAIRIE.

HAUMAN ET Ce.

ÉDITEUR DES ARCHIVES DE DROIT ET DE LÉGISLATION ET DES OUVRAGES DE BEAUMONT ET TOCQUEVILLE, BENJAMIN CONSTANT, BENTHAM,
BOILEUX ET PONCELET, BONCENNE, BOITARD, BOULAY-PATY, BRAVARD-VEYRIÈRES, COMTE,
COOPER, DUCPETIAUX, DUPIN AÎNÉ, GERARD, GUIZOT, LHERMINIER, MICHELET, MOLLOT, MUHLENBRUCH, NOUGUIER,
PARDESSUS, RAU, ROGRON, ROSSI, SAVIGNY, VATTEL, ETC., ETC.

1841

COURS
DE DROIT FRANÇAIS
SUIVANT
LE CODE CIVIL.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

SECTION PREMIÈRE.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1. *Motifs généraux des contrats.*
2. *Leur origine remonte à celle des sociétés.*
3. *Les législateurs de tous les peuples civilisés les ont mis sous la protection des lois.*
4. *Les Romains surtout se sont particulièrement attachés à régler avec soin tout ce qui a rapport aux conventions entre les citoyens.*
5. *Les règles qu'ils ont tracées à cet égard ont généralement servi de guide aux rédacteurs du Code civil, qui ont cru devoir faire précéder les dispositions relatives à chaque espèce de contrat, d'un titre composé de principes communs à tous.*
6. *Un grand nombre de ces règles s'appliquent même à d'autres obligations que celles qui naissent des contrats proprement dits.*
7. *Le droit romain offre aussi dans un même titre une réunion de règles générales, mais moins complète que celle que présente notre loi intitulée* des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.
8. *L'ordre si méthodique suivi par les rédacteurs du Code, dans la composition de cette loi, est dû en très-grande partie au savant et judicieux Pothier.*
9. *Ce qu'on doit entendre par* conventions *en droit : elles tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites; les unes sont d'intérêt privé, les autres d'intérêt public, comme les traités de paix, d'alliance et de commerce.*
10. *Le mot* convention *embrasse aussi toutes les clauses par lesquelles on modifie ou résout des conventions déjà existantes.*
11. *Pour produire des obligations, il faut que les conventions aient été formées dans cette vue : conséquence.*
12. *Suite de la proposition.*
13. *Suite, et exemple d'un cas où une promesse, quoique faite sérieusement, n'est cependant pas civilement obligatoire.*

14. *Les conventions ont pour effet de produire des obligations; ce qu'on entend par* obligation.
15. *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, elles n'en produisent pas contre les tiers.*
16. *L'obligation en droit nous lie plus étroitement que la plupart des simples* devoirs.
17. *Les conventions ne sont pas les seules causes des obligations proprement dites.*
18. *On peut considérer les obligations sous plusieurs points de vue, et en établir d'après cela différentes divisions.*

1. En se réunissant en société, les hommes ont, il est vrai, grandement multiplié leurs besoins, mais du moins ils ont su se procurer les moyens de les satisfaire par leurs engagements réciproques, ou par leurs conventions; car, comme l'observe l'illustre Domat, pour l'usage du travail et de l'industrie, les hommes se louent, s'associent et agissent différemment les uns pour les autres; pour les choses, lorsqu'ils ont besoin de les acquérir ou de s'en défaire, ils en font le commerce par des échanges ou des ventes; lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour un temps, ils les louent ou les empruntent, et, selon les autres divers besoins qu'ils peuvent avoir, ils forment d'autres engagements, d'autres conventions.

2. On voit, par cette idée générale des conventions, qu'on doit les considérer comme des moyens que les hommes emploient communément pour se procurer ce qui leur manque, en donnant ce qu'ils ont de superflu. Sans leur usage, chacun serait réduit à trouver en lui-même tout ce qui lui serait nécessaire, et, par une suite naturelle de la faiblesse de l'homme, serait souvent exposé à manquer des choses les plus indispensables au soutien de son existence, quand, d'un autre côté, il se trouverait surchargé d'objets qui lui seraient inutiles. Les conventions établissent donc un heureux équilibre entre les besoins et les moyens de les satisfaire : aussi leur utilité s'est-elle fait sentir dès les premiers âges; leur origine remonte à celle des premières sociétés qui se sont établies parmi les hommes.

3. Mais il ne suffisait pas que cette utilité fût reconnue, il fallait encore établir des règles positives pour que la force et la mauvaise foi ne pussent se jouer des conventions, pour que le droit de ceux qui les formeraient pût être apprécié et déterminé; en un mot, il fallait mettre les conventions sous la protection de la société, et c'est ce qu'ont fait les législateurs de tous les peuples civilisés.

4. Les Romains surtout se sont particulièrement attachés à régler avec soin tout ce qui a rapport à cet important objet : les principes qu'ils ont établis pour le régir sont nombreux et féconds en conséquences, et sauf quelques subtilités qu'on leur a reprochées en certains points, et que nous ferons successivement remarquer, on ne peut qu'admirer l'esprit de sagacité, de droiture et d'équité qui guide généralement leurs jurisconsultes dans leurs décisions sur ce vaste sujet.

5. C'est surtout dans la matière des conventions que les rédacteurs de notre Code civil ont pris pour modèle le droit romain; c'est dans cette législation qu'ils ont été puiser les règles qu'ils ont établies à cet égard pour chaque espèce de contrat, en les modifiant toutefois selon que l'utilité s'en faisait sentir; mais avant de tracer les principes qui devaient régir chaque contrat, ils ont cru devoir en établir de généraux pour tous les contrats ou conventions; ces principes font l'objet de la loi que nous allons expliquer, ou du titre *des Contrats ou Obligations conventionnelles en général*.

6. Un grand nombre de ces règles s'appliquent même aussi, comme on le verra dans le cours de l'exposé de la matière, à d'autres obligations que celles qui naissent des contrats ou des conventions proprement dites : par exemple, ce qui concerne l'extinction des obligations, les preuves en général, etc., etc., s'applique aussi bien aux obligations qui naissent des quasi-contrats, des délits et quasi-délits, qu'à celles qui naissent de contrats ou engagements formés par conventions.

7. Le droit romain, dans le titre *de Obligationibus et actionibus*, au Digeste, offre pareillement une réunion de règles générales applicables à la plupart des contrats ou autres sources des engagements; mais, outre que ce titre présente plu-

sieurs dispositions sur des cas particuliers, les rédacteurs des Pandectes de Justinien sont loin d'avoir, comme ceux de notre Code civil, su réunir dans un même cadre tout ce qui est relatif à la formation des obligations, aux modalités dont elles peuvent être affectées, à leurs effets généraux, à leur extinction, ainsi qu'aux preuves de leur existence et de leur acquittement : tout cela, dans le corps du droit romain, est traité dans des titres séparés, qui n'ont pour ainsi dire aucune liaison entre eux.

8. Cet ordre si méthodique et en même temps si rationnel, adopté par les rédacteurs de notre Code, est dû en très-grande partie au savant et judicieux Pothier, qui, dans son *Traité des Obligations*, ouvrage si justement estimé, avait tracé à nos législateurs un plan qu'ils se sont empressés d'adopter, en y faisant toutefois quelques légères modifications (1).

9. Ce titre est donc consacré aux conventions en général.

Par *conventions*, en droit, on entend les engagements qui se forment par le consentement de deux ou plusieurs personnes qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent, ce dont elles conviennent, dans la vue de se lier, de s'obliger : *Conventio est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, dit le jurisconsulte Ulpien dans la loi 1, § 8, ff. *de Pactis*.

Elles tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134) ; ce sont des lois d'intérêt privé : par elles nous nous soumettons envers ceux avec qui nous traitons, à donner, à faire ou à ne pas faire telle chose, qui est l'objet de la convention, et pour laquelle nous la formons.

Il y a aussi des conventions d'intérêt général, comme les traités de paix, d'alliance et de commerce (2) ; mais nous n'avons point à nous en occuper : c'est la matière du droit public, et nous ne traitons que du droit privé.

10. Les conventions ne comprennent pas seulement les contrats, comme la vente, la location, la société, etc. ; elles embrassent aussi tous les pactes particuliers qu'on peut ajouter à chaque contrat, comme les conditions, les charges, les réserves, les clauses résolutoires et autres : *Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt.* L. 1, § 3, ff. *de Pactis*.

Et elles comprennent pareillement les actes par lesquels on résout ou on change, d'après un consentement nouveau, les contrats, les traités ou les pactes par lesquels l'on s'était premièrement engagé.

11. Comme elles sont destinées à produire des obligations, il faut, pour cela, qu'elles soient faites et arrêtées dans cette vue, *animo contrahendæ obligationis*. Ainsi, quoique je *convienne* avec vous de la vérité d'un fait ou de la justesse d'une proposition philosophique, il ne saurait naître aucune obligation de ma part d'un tel assentiment : je puis librement nier demain ce dont je tombe d'accord aujourd'hui.

12. Il ne faut pas non plus confondre avec les conventions dont il s'agit, celles que l'on fait souvent dans le commerce de la vie, et qui n'ont point pour objet de lier, d'obliger ceux qui les font : comme lorsque deux ou plusieurs personnes conviennent d'aller ensemble au spectacle du jour, ou de faire ensemble un voyage, etc. Ces conventions ne renferment qu'une obligation de pure bienséance, que des circonstances particulières peuvent même faire disparaître tout à fait. Seulement, si l'une des personnes avait fait pour l'autre, qui ne veut ou ne peut réaliser le projet arrêté, quelques dépenses, elle en devrait être indemnisée par elle; encore cette décision est-elle subordonnée aux circonstances du fait, qui peuvent varier à l'infini.

13. Ce n'est point non plus une convention obligatoire, dans l'esprit du droit, que celle que

(1) Par exemple, Pothier traite, dans son ouvrage, du *cautionnement* et de la *prescription* à l'effet de se libérer, tandis que les rédacteurs du Code ont fait de ces matières l'objet de titres spéciaux.

(2) *Conventionum autem tres sunt species : aut enim ex causa publica fiunt, aut ex privata : privata, aut legitima, aut juris gentium. Publica conventio est quæ fit per pacem, quoties inter se duces belli quædam paciscantur.* L. 5, ff. *de Pactis.*

je fais avec mon fils en lui promettant une montre, un fusil de chasse, s'il remplit bien ses devoirs, notamment s'il obtient des prix dans sa classe ; car, bien que la condition prévue se soit accomplie, je ne suis néanmoins que moralement obligé ; je ne le suis pas suivant les principes du droit, parce qu'il est évident que je n'ai point entendu donner à mon fils une action judiciaire contre moi pour me contraindre à exécuter ma promesse ; je ne l'ai pas faite cette promesse, *animo contrahendæ obligationis civilis*, mais seulement pour établir un engagement moral entre mon fils et moi, engagement que les devoirs de famille et de bienséance seuls m'obligent de respecter, si toutefois encore des circonstances particulières ne m'en dispensent absolument.

14. Il faut donc entendre par *conventions*, celles qui ont pour objet de produire des obligations, c'est-à-dire un lien de droit qui nous astreint envers quelqu'un à lui donner ou livrer quelque chose, ou à faire ou à nous abstenir de faire quelque chose ; car, suivant les jurisconsultes, *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura.* (*Princ. instit. de Oblig.*) — *Obligationum substantia consistit ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. L.* 3, ff. *de Oblig. et actionib.*

15. Il suit de cette définition que l'obligation n'a pas d'effet contre les tiers, mais seulement entre les parties ou leurs héritiers ou représentants. L. 25, ff. *eod. tit.;* et art. 1165 du Code civ.

16. L'obligation étant un lien de droit, elle diffère par conséquent des simples *devoirs* qui nous sont imposés envers nos semblables par l'humanité et la charité, et dont la force et la sanction se trouvent dans la religion, la vertu, et l'estime de nous-mêmes et de nos semblables.

17. Les conventions ne sont toutefois pas les seules causes *efficientes* des obligations proprement dites : la loi seule dans certains cas, la seule équité dans plusieurs autres, un fait illicite, quelquefois même une simple négligence, donnent aussi naissance à de véritables engagements, qu'on peut être contraint d'accomplir, d'après les principes du droit civil, comme s'il y avait eu une convention formelle à cet égard.

18. On peut, d'après ces idées générales, considérer les obligations, et en établir des divisions, sous un double point de vue :

1° Sous le rapport de leurs causes *efficientes;*

2° Sous celui de leur nature et de la force du lien.

Elles peuvent aussi se modifier sous une foule de rapports, à raison de la convention des parties et d'une infinité de circonstances particulières.

Quelques notions générales et préliminaires ne seront pas inutiles au développement de cette matière immense.

SECTION II.

PREMIÈRE DIVISION DES OBLIGATIONS, TIRÉE DE LEURS SOURCES OU CAUSES EFFICIENTES.

SOMMAIRE.

19. *Les obligations naissent de plusieurs sources ou causes; mais on n'explique pas ici en détail ce qui est relatif à la cause des engagements : on le fait plus loin.*
20. *En thèse générale, elles naissent ou d'un fait de l'homme, auquel la loi attache la force obligatoire, ou de la loi elle-même, qui les impose directement aux citoyens.*
21. *Au premier rang des faits de l'homme qui produisent des obligations, sont les contrats : ce qu'on entend par* contrats.
22. *Les contrats sont de plusieurs sortes : on établit plus loin leurs différentes divisions.*
23. *Des obligations naissent aussi des quasi-contrats : ce qu'on entend par* quasi-contrats.
24. *Plusieurs espèces d'engagements naissent de la seule autorité de la loi : exemples.*
25. *Suite et autres exemples.*
26. *Suite et exemples d'obligations imposées par la loi dans l'intérêt général.*
27. *Le Code distingue les engagements des tuteurs, des quasi-contrats : observations sur cette distinction.*
28. *Les délits produisent aussi des obligations : ce qu'on entend par* délits.
29. *Il en est de même des quasi-délits : ce qu'on entend par* quasi-délits. *On est aussi quelquefois responsable du fait d'une autre personne.*
30. *Ces diverses obligations naissent du fait qui a nui à autrui.*

19. Les obligations, avons-nous dit, naissent de plusieurs sources, c'est-à-dire qu'elles ont différentes causes. Nous n'avons pas pour objet maintenant d'expliquer en détail les principes relatifs à la cause des obligations : nous le ferons plus loin à la section 4 du chapitre 2. Nous voulons seulement donner ici une idée générale des faits ou circonstances qui donnent naissance aux engagements.

20. On peut dire que les obligations naissent, ou d'un fait de l'homme, auquel la loi attache la force obligatoire, ou de la loi seule, qui les impose directement et immédiatement aux citoyens.

21. Au premier rang des faits de l'homme qui produisent des obligations, il faut placer les *contrats*, et « le contrat est une convention par « laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent « envers une ou plusieurs autres, à donner, à « faire ou à ne pas faire quelque chose. » (Article 1101) (1).

22. Les contrats eux-mêmes sont de plusieurs sortes ; nous établirons plus bas les diverses divisions qu'on peut en faire, et quelle est la nature générale de chaque classe.

23. Quelques obligations naissent aussi des *quasi-contrats*, qui sont « des faits purement « volontaires de l'homme, dont il résulte un « engagement quelconque envers un tiers, et « quelquefois un engagement réciproque des « deux parties. » (Art. 1371) (2). Tels sont le payement d'une chose qui n'était pas due (article 1376) (3), la gestion des affaires d'un absent. (Art. 1372) (4).

Les obligations qui naissent de ces faits sont fondées sur *l'équité*, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, et elles sont confirmées par la loi, qui en ordonne l'exécution comme s'il y avait eu une convention formelle à cet égard ; on est obligé, comme dans les contrats, médiatement par le fait, et immédiatement par la loi. Ainsi celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû est obligé à le restituer : il y a d'ailleurs présomption naturelle et légale qu'en recevant le payement il a consenti à rendre la chose payée, s'il apparaissait par la suite qu'elle ne lui était pas due ; car personne ne peut être raisonnablement présumé vouloir s'enrichir aux dépens d'autrui.

Il y a aussi présomption naturelle et légale que celui dont les affaires ont été bien administrées a consenti à indemniser le gérant qui a fait des déboursés dans sa gestion ; attendu que chacun est censé vouloir ce qui peut lui être utile et qui est honnête, et par conséquent vouloir aussi rendre indemne l'ami bienfaisant aux soins duquel il en est redevable, selon cette règle de raison : *Qui veut la fin veut les moyens.*

24. Plusieurs espèces d'engagements ou obligations naissent de la seule autorité de la loi, en ce sens qu'elle ne suppose même pas un consentement dans celui qui se trouve ainsi obligé, sans toutefois pour cela exclure l'idée de ce consentement : c'est la loi qui oblige immédiatement.

Tels sont les engagements entre propriétaires voisins, dont on trouve de nombreux exemples au titre *des Servitudes* et dans des règlements particuliers ; tels sont aussi ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. (Art. 1370) (5).

25. On peut aussi ranger dans cette classe, l'obligation des personnes qui sont assujetties les unes envers les autres à se fournir des aliments dans les cas prévus par la loi : la cause éloignée et naturelle de cette obligation est sans doute la parenté ou l'alliance, mais la cause immédiate est la loi, qui lui prête sa force et son autorité.

26. Et dans le même ordre d'idées, mais pour des objets différents, parce qu'ils sont d'intérêt général d'une manière plus directe, on peut aussi regarder comme des obligations qui naissent de la seule autorité de la loi, celles qui ont pour objet le payement des impôts, le service militaire, et toutes les charges imposées dans un but d'utilité générale ou communale ; mais il n'est point

(1) Code de Hollande, art. 1270 et 1349.
(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(3) Code de Hollande, art. 1396.
(4) Code de Hollande, art. 1390.
(5) Ibid., art. 1388 et 1389.

question dans le Code civil de ces sortes d'obligations, elles sont l'objet de lois spéciales.

27. Le Code distingue les engagements des tuteurs, des quasi-contrats, qui, suivant l'article 1371, sont « des faits purement volontaires (1) « de l'homme, dont il résulte un engagement « quelconque envers un tiers, et quelquefois des « engagements réciproques des deux parties ; » et il ne parle que de deux quasi-contrats seulement : de la gestion des affaires d'autrui, sans mandat, et du payement fait indûment.

Mais cette distinction nouvelle, qui paraîtrait appartenir plutôt à la doctrine qu'à la loi, puisqu'elle n'amène aucune différence dans les résultats, n'est pas fondée sur des motifs bien déterminants, et elle pèche sous plusieurs rapports.

D'abord, si l'obligation des tuteurs, de bien administrer la tutelle et de rendre compte de leur gestion, ne dérive pas d'un quasi-contrat, parce qu'elle est formée, dit le Code, *involontairement* par celui qui ne peut refuser la fonction qui lui est déférée ; d'autre part, celle du mineur, de rendre indemne le tuteur qui a fait des déboursés dans sa gestion, est absolument fondée sur la même cause que celle du majeur dont les affaires ont été administrées en son absence par un ami, sans mandat, et cette dernière, suivant le Code lui-même, naît d'un quasi-contrat. Ajoutez, à l'égard même de celle du tuteur, qu'on peut naturellement supposer qu'il a tacitement consenti à la tutelle, comme une conséquence des devoirs de famille et de la société.

En second lieu, si les engagements qui naissent *d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé* résultent des quasi-contrats, comme le dit l'article 1371, nous trouverons bien dans ce fait l'obligation de celui qui a administré mes affaires, mais nous n'y trouverons pas la mienne, qui est de l'indemniser, s'il a fait des dépenses dans sa gestion ; or, non-seulement elle peut être corrélative à la première, mais elle peut même exister seule, et elle n'en naît pas moins d'un quasi-contrat.

De plus, le Code ne range pas au nombre des quasi-contrats, l'obligation, pour l'héritier, d'acquitter les legs faits par le défunt, et cependant cette obligation ne naît pas d'un contrat ; car l'héritier ne *contracte* point, à proprement parler, avec les légataires, que souvent il ne connaît même pas : c'est le fait seul de son acceptation de l'hérédité qui l'oblige envers eux.

C'est aussi en vertu d'un quasi-contrat que le copropriétaire d'une chose est tenu de rendre son copropriétaire indemne des dépenses utilement faites par celui-ci sur la chose commune, et le Code est pareillement muet sur la nature de cette obligation.

Au surplus, si, dans le chapitre 1er du titre IV de ce livre, il parle seulement de la gestion des affaires d'autrui, sans mandat, et du payement fait indûment, ses dispositions à cet égard sont simplement explicatives, et la doctrine supplée à son silence relativement aux autres espèces d'affaires que l'on a toujours considérées comme des quasi-contrats.

28. Un grand nombre d'obligations naissent des délits (2), qui sont des faits illicites par lesquels une personne nuit volontairement à autrui, et qui l'obligent à la réparation, en tant qu'elle est possible : tels sont le vol, la rapine, et autres faits dirigés contre la propriété d'autrui, soit pour s'en emparer, soit seulement dans le dessein de nuire. Telles sont aussi les violences commises envers les personnes, la calomnie, les injures, etc., etc. Mais nous ne considérons ici ces faits comme causes efficientes des obligations, que sous le rapport des intérêts purement civils, de la réparation pécuniaire (art. 1382) (3), et nullement sous celui des peines prononcées par la loi contre leurs auteurs, dans l'intérêt de la vindicte publique.

29. D'autres obligations naissent des quasi-délits, qui sont aussi des faits illicites qui nuisent à autrui, mais sans intention de la part de leurs auteurs, et seulement par négligence, impéritie ou imprudence ; car si c'était par dol, ce serait un délit.

On peut ranger dans cette classe les contraventions aux règlements de police.

(1) Il faut ajouter le mot *licites*, pour compléter la définition et distinguer les quasi-contrats des délits et quasi-délits, qui produisent aussi des obligations envers la personne lésée.

(2) Et le mot *délits* est pris ici d'une manière générique, même pour les *crimes*.

(3) Code de Hollande, art. 1401.

Les obligations qui naissent même d'un délit commis par les personnes dont on est civilement responsable, sont aussi, en général, censées résulter d'un quasi-délit relativement à la personne responsable.

30. Ces obligations, ainsi que celles qui naissent d'un délit, ne sont pas fondées sur la présomption d'un consentement de la part de l'obligé, comme celles qui naissent des quasi-contrats; elles sont uniquement fondées sur le *fait;* elles se forment *re ipsa,* ce qui est une cause suffisante (art. 1382), parce que la raison veut que celui qui cause, sans droit et par sa faute, du tort à autrui, soit tenu de le réparer.

SECTION III.

DEUXIÈME DIVISION DES OBLIGATIONS, TIRÉE DE LEUR NATURE ET DE LA FORCE DU LIEN.

SOMMAIRE.

31. *Définition de l'obligation d'après les Institutes, mais incomplète, en ce qu'elle ne comprend pas les obligations naturelles : division, en droit romain, des obligations en naturelles, civiles et mixtes.*
32. *Cette distinction, quoique moins importante dans notre droit que dans le droit romain, est cependant encore utile à conserver.*
33. *Dans un sens plus étroit, les véritables obligations sont celles dont on peut exiger en justice le payement.*
34. *Ce qu'on entend par obligations naturelles.*
35. *Leurs effets dans le droit romain.*
36. *Elles étaient fort nombreuses dans cette législation; mais chez nous elles sont peu définies.*
37. *On peut toutefois les faire dériver principalement de deux causes, ou de la qualité de la personne obligée, ou de la qualité de l'affaire : exemple de la première espèce.*
38. *Suite et autres exemples.*
39. *Exemple de la seconde espèce.*
40. *Suite et autre exemple.*
41. *Suite et autres exemples.*
42. *Doit-on regarder comme obligation naturelle la reconnaissance qu'impose un bienfait reçu? Opinion de Vinnius et de Pothier.*
43. *Quelle est l'obligation purement civile, et quels sont ses effets?*
44. *Les obligations civiles et naturelles tout à la fois sont celles qui ont une juste cause, et généralement leur principe dans la volonté libre et parfaite de la personne obligée.*
45. *Quelquefois ces obligations sont seulement présumées, mais sans que la présomption puisse être combattue.*

31. Nous avons dit que l'obligation, dans le langage de la jurisprudence, est *vinculum juris, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura;* mais, comme l'observe judicieusement Vinnius, cette définition, et les divisions qu'en tire ensuite Tribonien dans les *Institutes,* ne renferment pas toutes les espèces d'obligations connues en droit : elles s'appliquent seulement à celles qui produisent une action efficace; tandis que les obligations naturelles, qui ne produisent point d'action, mais qui ont néanmoins d'autres effets, sont aussi de véritables obligations. Et ce sont aussi des obligations, celles qui produisent une action, mais contre laquelle la loi, par des raisons d'équité accorde à l'obligé divers moyens pour se dispenser de les exécuter. En sorte qu'il est vrai de dire qu'il y a des obligations purement naturelles, d'autres qui sont purement civiles, et d'autres enfin, et en plus grand nombre, qui sont tout à la fois naturelles et civiles, et que, pour cette raison, l'on peut appeler *mixtes* (1).

32. L'utilité de cette division est incontestable en droit romain, suivant lequel l'obligation naturelle produit, en général, les effets ordinaires, excepté l'action; et suivant lequel aussi l'obligation purement civile est considérée comme l'obligation mixte en tant qu'elle produit une action, mais toutefois une action qui peut être rendue inefficace par l'effet d'une exception péremptoire.

Elle est moins grande sans doute dans notre

(1) *Hæc definitio* (celle de l'obligation suivant les Institutes de Justinien) *pertinet duntaxat ad obligationes quæ actionem eamque efficacem jure civili producunt; et tamen illæ quoque quæ vel non producunt actionem vel eam producunt quæ exceptione repelli potest, et suum quemdam unum et effecta jure civili habent, sunt etiam obligationes : cæterum, cum aliquando nos adstringat sola æquitas et ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, et plurimum autem jus naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate, obligatio in tres species dividitur, scilicet, in puram naturalem, meram civilem, et mixtam.* Vinnius AD INSTIT. *tit. de Oblig.*

droit, mais cependant elle ne laisse pas de se faire sentir; car, quoique l'obligation naturelle ne produise pas chez nous d'aussi puissants effets que dans le droit romain, néanmoins elle en produit encore d'assez étendus pour qu'elle puisse être considérée comme une véritable obligation, quoique différente des obligations ordinaires.

D'un autre côté, les obligations purement civiles produisent pareillement une action en justice, comme les obligations naturelles et civiles tout à la fois, sauf que l'annulation peut en être demandée dans les cas et dans les délais fixés par la loi. (Art. 1117 et 1304) (1).

Ainsi, la division des obligations en naturelles, civiles et mixtes, est encore bien fondée dans notre droit; et si le Code ne s'en explique pas formellement, la doctrine peut, à cet égard, suppléer à son silence, et faire résulter cette théorie, de la combinaison de ses diverses dispositions.

33. Du reste, dans un sens plus étroit, les véritables obligations, celles dont on entend parler quand on emploie cette expression sans addition, ce sont les obligations qui ont pour fondement l'équité, et pour appui la loi, qui force à les exécuter : *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest.* L. 108, ff. *de Verb. signif.* — *Creditor est is qui exceptione perpetuâ removeri non potest.* L. 10 *eod tit.*

34. L'obligation naturelle est celle qui doit être exécutée, si l'obligé suit les lois de la conscience, mais à laquelle la loi civile, par des considérations particulières, n'a point attaché d'action, tout en en approuvant tellement l'accomplissement, qu'elle interdit la répétition de ce qui a été volontairement payé en conséquence d'une telle obligation. (Art. 1236) (2).

35. Dans le droit romain, elle produisait les effets des obligations ordinaires, excepté qu'elle ne donnait point d'action en justice pour en exiger l'accomplissement. Ainsi elle servait de cause de compensation, même forcée, avec une obligation ordinaire (3); elle excluait la répétition de ce qui avait été payé même par erreur (4), elle pouvait être cautionnée par fidéjusseur (5), garantie par constitut (6), par gage, par hypothèque (7); elle pouvait être transformée, par voie de novation, en un engagement tout à fait obligatoire (8); en un mot, elle n'était privée que de l'action judiciaire.

36. Les obligations naturelles, chez les Romains, étaient fort nombreuses : telles étaient celles qui naissaient de conventions faites entre le père et le fils de famille, ou entre le maître et son esclave. Les simples pactes, en général, ne produisaient non plus que des obligations naturelles, et il y en avait encore dans bien d'autres cas (9). Tandis que, tout en reconnaissant l'existence de ces sortes d'obligations, notre Code néanmoins ne les définit nullement; il ne s'explique non plus sur aucune des causes qui peuvent les produire; ce qui est peut-être une lacune dans la loi, ce qui peut du moins donner lieu à des difficultés fort délicates dans plusieurs cas. Mais le magistrat, dans ce silence de la loi, a un pouvoir de discrétion et de sagesse pour apprécier, suivant les circonstances, les caractères de l'obligation que l'on prétendrait exister naturellement. (Art. 4.) En descendant dans sa conscience, il y puisera les règles de sa décision, et il se trompera rarement en prenant pour guide l'équité.

37. On peut toutefois faire dériver chez nous les obligations naturelles principalement de deux causes : ou de la qualité de la personne obligée, ou de la qualité de l'affaire.

A la première classe appartient l'obligation

(1) Code de Hollande, art. 1485 et 1490.
(2) Ibid., art. 1418.
(3) L. 6, ff. *de Compens.*
(4) L. 10, ff. *de Oblig. et act.* L. 19, ff. *de Condict. indeb.*
(5) § 1. *Instit. de Fidejuss.*
(6) L. 1, § *penult.* ff. *de Const. pecun.*
(7) L. 5, ff. *de Pign.*
(8) L. 1, *princip.* et § 1, ff. *de Novat.*
(9) Par exemple, si un pupille, déjà doué d'intelligence, avait contracté sans l'autorisation de son tuteur, L. 127, *de Verb. oblig.* L. 1, *in fine de Novat.* L. 25, § 1, ff. *Quand. dies legat. ced.*; ou si un esclave avait contracté, L. 14, ff. *de Oblig. et act.*; L. 13, ff. *de Condict. indeb.*; ou si une femme, fille ou veuve, s'était obligée pour autrui, L. 16, § 1, ff. *ad Senatus cons. vell.*; ou enfin si un fils de famille avait emprunté de l'argent sans le consentement de son père, L. 9, *in fine* ff. *ad Senat. cons. macedon.* L'affranchi était aussi naturellement obligé envers son patron à lui rendre des services officieux, L. 26, § 12, ff. *de Condict. indeb.*

d'un père de nourrir l'enfant qu'il a eu hors mariage, et qu'il n'a point légalement reconnu, ou qu'il n'a pu légalement reconnaître : cette obligation est la plus sacrée aux yeux de la nature et de l'humanité.

Si l'enfant était légalement reconnu, l'obligation du père ne serait pas seulement naturelle, elle serait naturelle et civile tout à la fois, parce que l'enfant aurait une action en justice pour obtenir des aliments, si son père lui en refusait, suivant ce que nous avons dit au tome II, nos 337 et suiv., et tome III, no 243.

38. On peut aussi rapporter à cette classe toutes les obligations qui ont une juste cause, et qui ont été librement consenties par des personnes que les lois, pour des raisons d'utilité générale, ont déclarées incapables de contracter : telle est l'obligation d'une femme mariée non dûment autorisée ; celle d'un prodigue (1) placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire, et contractée sans l'assistance de ce conseil, dans un cas ou elle était nécessaire (2) ; celle d'un interdit, consentie pendant un intervalle lucide ; celle d'un mineur ayant déjà l'intelligence suffisamment formée pour l'espèce d'affaire qu'il a faite, quand le mineur est néanmoins dans un cas où il pourrait, à raison des circonstances de la cause, obtenir des tribunaux d'être restitué en tout ou partie contre son engagement : dans tous ces cas, l'exécution volontaire, en temps de capacité, fait obstacle à la répétition de ce qui a été payé (art. 1338) (3), preuve que l'obligation n'était pas dénuée de tout effet, et par conséquent qu'elle était soutenue plus ou moins par le droit naturel.

39. A la deuxième classe on peut rapporter l'obligation, pour l'héritier, d'acquitter un legs fait par un testament irrégulier (4), pourvu toutefois qu'il n'en résulte pas une diminution de la réserve attribuée aux descendants ou aux ascendants, car cette réserve aussi est due naturellement. Au surplus, les circonstances particulières de la cause, telles que le plus ou moins d'importance du legs relativement à la fortune du défunt, les rapports qui liaient ce dernier au légataire, les services que celui-ci lui aurait rendus, la qualité et le nombre des héritiers, etc., peuvent influer beaucoup sur les caractères de l'obligation en pareil cas.

40. On peut aussi ranger parmi les obligations naturelles, celle d'un débiteur auquel ses créanciers ont fait une remise de tant pour cent par un traité consenti seulement en considération de sa position, et pour sauver quelque chose de leurs créances : la partie remise est encore due naturellement, tellement que si le traité a eu lieu en justice, si c'est un véritable concordat, le failli ne peut obtenir sa réhabilitation qu'en justifiant qu'il a soldé, capital et intérêts, le montant intégral de ce qu'il devait lors de sa faillite, ainsi que les frais. (Art. 605, Cod. de comm.)

Il en est autrement de la remise purement volontaire faite par un créancier à son débiteur : alors il n'y a plus de *dette*, même naturelle ; il y a seulement le devoir de la reconnaissance pour le débiteur envers celui qui l'a gratifié.

41. On doit pareillement regarder comme des obligations naturelles toutes celles qui ont eu une juste cause, mais contre lesquelles les lois, par des considérations d'intérêt général, ou par des motifs tirés de circonstances particulières, ont créé des exceptions péremptoires : telles sont

(1) L. 6, ff. *de Verb. oblig.*

(2) Car si l'assistance du conseil n'était pas nécessaire, l'obligation serait en même temps civile, et lierait pleinement l'obligé.

(3) Code de Hollande, art. 1929.

(4) L. 2, Cod. *de Fideicom.* Vinnius, *ad Instit. tit. de Oblig.* L'on regardait pareillement, dans le droit romain, comme une obligation naturelle, celle de délivrer un fidéicommis irrégulièrement laissé. Même loi 2. L'héritier qui, au lieu de faire la retenue de la quarte falcidie sur un legs, l'acquittait volontairement en entier, était censé avoir rempli une obligation naturelle ; car il avait plus pleinement exécuté la volonté du défunt. L. ult. Cod. *ad Legem falcid.*

Bien mieux, dans un cas où un testateur avait institué un mari son héritier, en le priant de restituer l'hérédité à sa femme, et l'avait en même temps autorisé à prélever sur l'hérédité une certaine quotité (*si quis rogatus sit, percepta certa quantitate, uxori suæ hereditatem restituere*), et que le mari avait restitué volontairement la succession sans faire aucune retenue, les jurisconsultes Ulpien et Celse voyaient dans cette restitution intégrale plutôt l'accomplissement d'une obligation naturelle, qu'une libéralité faite par le mari à sa femme de ce qu'il était autorisé à retenir par le testateur lui-même, parce que la volonté probable du défunt avait été par ce moyen plus pleinement suivie. En conséquence, ils décidaient qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les lois touchant la prohibition des donations entre mari et femme. L. 5, § 15, ff. *de Donat. inter virum et uxorem.*

celles auxquelles on peut opposer une prescription, une déchéance, une réduction. On peut aussi, sans crainte de se tromper, ranger dans cette classe les rentes supprimées sans indemnité par les lois de la révolution, pour cause de signe de féodalité. Nous en parlerons plus loin, en traitant de la *cause* des obligations.

42. Vinnius range parmi les obligations naturelles, les actes de bienfaisance, les services rendus, lorsqu'ils ont de l'importance. Celui qui en a été l'objet, dit-il, est obligé naturellement envers son bienfaiteur à lui témoigner sa reconnaissance, et à lui rendre tous les services dont il est capable, lorsqu'il en trouvera l'occasion, s'il veut conserver sa propre estime et celle de ses concitoyens. Mais ce jurisconsulte n'attache point, du reste, à une telle obligation, qui mérite plutôt le nom de simple *devoir*, les effets puissants que le droit romain faisait généralement produire aux obligations naturelles, et que notre droit lui-même y attache encore, quoique d'une manière bien plus restreinte.

Pothier (1) appelle cette obligation *imparfaite;* il la distingue de l'obligation naturelle « qui, « dit-il, est aussi, quoique dans un sens moins « propre, une *obligation parfaite;* car elle donne, « sinon dans le for extérieur, au moins dans le « for de la conscience, à celui envers qui elle est « contractée, le droit d'en exiger l'accomplisse- « ment : au lieu que l'obligation imparfaite ne « donne pas ce droit. Si mon bienfaiteur avait « droit d'exiger de moi que je lui rendisse, dans « la même occasion, les mêmes services qu'il m'a « rendus, ce ne serait plus un bienfait que j'au- « rais reçu de lui, ce serait un vrai commerce, « et les services que je lui rendrais ne seraient « plus de ma part un acte de reconnaissance, « la reconnaissance étant essentiellement volon- « taire. C'est au contraire un véritable bienfait « que je lui confère à mon tour. »

D'après cette distinction, Pothier décide plus loin (n° 197), et avec sa droiture de raison accoutumée, que si j'ai manqué de rendre à mon bienfaiteur un service que la reconnaissance m'obligeait à lui rendre, et qu'il me dût une certaine somme pour laquelle il pourrait m'opposer la prescription, il ne laisserait pas d'être obligé, dans le for de la conscience, à me payer, sans pouvoir compenser rien de ce qu'il a souffert de mon ingratitude; tandis que si j'avais été obligé naturellement envers lui, comme il serait en droit, dans le for intérieur, d'exiger ce que je lui devrais, il pourrait m'opposer, dans le for de la conscience, la compensation. « C'est pourquoi, « dit-il, si j'ai fait une dépense de 100 livres dans « un cabaret du lieu de mon domicile, ce caba- « retier est vraiment mon créancier de cette « somme, non dans le for extérieur (2), mais « dans le for de la conscience; et si j'avais de « mon côté une créance de pareille somme con- « tre lui, qui fût prescrite, il pourrait, dans « le for de la conscience, se dispenser de me la « payer, en la compensant avec celle qu'il a « contre moi. »

Au surplus, les deux jurisconsultes sont d'accord sur les effets, et ce qu'il peut y avoir d'important sur ce point, c'est de savoir si la reconnaissance d'un bienfait reçu, si des services rendus peuvent être une cause suffisante d'une obligation efficace, sans que les formes des donations aient été employées. C'est ce que nous examinerons plus loin, en traitant de la *cause* des obligations. Nous verrons aussi successivement si chez nous les obligations naturelles peuvent servir de cause à une novation, à une compensation forcée, si le payement qui en a été fait peut être répété, s'il y a à distinguer à cet égard, etc., etc.

43. L'obligation civile seulement est celle qui produit une action, mais que l'équité n'avoue pas, et que la loi elle-même permet d'attaquer, soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

Telles sont les obligations contractées par violence, par dol, par erreur, ou qui sont infectées de quelque autre vice qui en détruit l'effet. Comme ces obligations ne sont pas nulles de plein droit (art. 1117)), qu'il faut en faire prononcer l'annulation en justice, et dans les délais fixés par la loi (art. 1304), on les regarde comme existant civilement tant qu'elles ne sont pas détruites.

(1) Traité *des Obligations,* art. préliminaire.

(2) Il le serait aujourd'hui : les règlements et ordonnances relatifs à ces sortes de dettes sont tacitement abrogés par la loi du 30 ventôse an XII, sur la réunion en un Code, des lois qui composent le Code civil.

44. Les obligations civiles et naturelles tout à la fois sont celles qui ont une juste cause, et généralement leur principe dans la volonté libre et parfaite de la personne obligée; qui ont ainsi leur fondement dans l'équité, et que la loi contraint d'exécuter.

Telles sont celles qui naissent des contrats légalement formés, des quasi-contrats, du tort que nous avons causé à quelqu'un par notre fait et sans droit.

45. Quelquefois ces obligations sont seulement présumées, mais sans que la présomption puisse être combattue. Telle est l'obligation qui résulte d'un jugement mal fondé et qui a acquis l'autorité de la chose jugée : *Nam res judicata pro veritate accipitur*. L. 56 ff. *de Re judicata*.

Mais s'il y a obligation d'un côté de satisfaire au jugement, d'autre part, il y a obligation naturelle de n'en point poursuivre l'exécution, ou de restituer ce qui aurait été payé pour l'exécuter; car la morale défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, même par un moyen que fournit la loi.

C'est pourquoi celui qui fait usage du moyen de la prescription pour se dispenser de payer ce qu'il doit, et ce qu'il sait devoir, fait une action que la loi permet, il est vrai, mais que la morale réprouve, et c'est à lui que s'applique cette maxime de la sainte philosophie : *Omne quod licet, non honestum est.*

Cette opposition entre la loi et l'équité se justifie du reste facilement, en considérant que le bien général a motivé l'institution de la prescription, comme la force attachée à la chose jugée; que les principes sur lesquels sont fondés ces moyens de droit sont très-justes en eux-mêmes, et que si leur application, dans certains cas, blesse l'équité, leur inobservation serait dans mille autres une source d'injustice et de trouble pour les familles et pour la société.

SECTION IV.

TROISIÈME DIVISION DES OBLIGATIONS, TIRÉE DES MODALITÉS DONT ELLES PEUVENT ÊTRE AFFECTÉES, OU DE LEUR OBJET, OU DE CERTAINES CIRCONSTANCES.

SOMMAIRE.

46. *Envisagées sous le rapport des modalités dont elles peuvent être affectées, les obligations sont de plusieurs sortes.*
47. *Il en est de même quant aux choses qui peuvent en être la matière.*
48. *Ainsi que sous le rapport des sûretés du créancier.*
49. *Et aussi sous celui de l'exécution.*
50. *Enfin sous le rapport de la faveur de la créance*

46. On peut encore considérer les obligations sous d'autres rapports que ceux que nous venons d'indiquer.

Ainsi, *sous le rapport des modalités dont elles peuvent être affectées*, les unes sont contractées sous une condition, soit suspensive, soit résolutoire, les autres le sont purement et simplement.

Les unes sont avec terme pour leur exécution, les autres doivent être exécutées sur-le-champ.

Dans quelques-unes, le débiteur a la faculté de payer à un tiers désigné; dans les autres il doit payer au créancier ou à celui qui le représente.

47. *Sous le rapport de l'objet de l'obligation*, les unes sont de donner ou de livrer quelque chose; d'autres, de faire ou de ne pas faire quelque chose.

Les unes consistent à donner ou livrer une chose déterminée, les autres laissent au débiteur la faculté de payer, pour sa libération, une autre chose que celle qui est la matière principale de l'engagement.

Les unes ont pour objet plusieurs choses, par le payement de l'une desquelles le débiteur, tantôt à son choix, tantôt à celui du créancier, opère sa libération; tandis que, dans les autres, cette alternative n'existe pas.

Quelquefois l'objet de l'obligation est une chose qui n'est déterminée que par l'espèce ou la classe dont elle fait partie.

Tantôt cette chose est divisible, tantôt elle est indivisible.

48. *Sous le rapport des sûretés du créancier*, l'obligation est tantôt avec privilége, gage, hypothèque, ou cautionnement.

Ou avec clause pénale;

Ou elle est solidaire entre les divers débiteurs;

Ou elle peut donner lieu à la contrainte par corps contre l'obligé : tandis que dans d'au-

tres cas elle est dépourvue de ces avantages.

49. *Sous le rapport de l'exécution :* les obligation emportent quelquefois exécution sans jugement, et d'autres fois leur exécution forcée ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement.

50. Enfin, *sous le rapport de la faveur de la créance*, les unes emportent intérêt de plein droit; d'autres ne produisent intérêt qu'en vertu d'une sommation; d'autres seulement après une demande en justice.

Les unes emportent privilége ou hypothèque de plein droit, tandis que les autres sont destituées de ces avantages.

Ces distinctions sommaires suffisent pour le moment : elles se développeront successivement.

SECTION V.

DES CONTRATS EN GÉNÉRAL, ET DES DIFFÉRENTES DIVISIONS QU'ON PEUT EN ÉTABLIR.

SOMMAIRE.

51. *Définition du contrat.*
52. *En quoi les simples pollicitations diffèrent des contrats.*
53. *Dans notre droit elles ne produisent jamais d'effet, à la différence du droit romain où elles en produisaient dans certains cas.*
54. *Mais il ne faut pas confondre une reconnaissance de dette avec une pollicitation.*
55. *Tout contrat est une convention, mais toute convention, quoique ayant civilement effet, n'est pas un contrat, même dans notre droit.*
56. *Cependant nous ne reconnaissons pas la distinction du droit romain entre les pactes et les contrats.*
57. *Théorie du droit romain en ce qui concerne les conventions appelées* pactes, *lesquels, en général, n'étaient point obligatoires.*
58. *Suite.*
59. *Suite.*
60. *Suite.*
61. *Suite.*
62. *Suite.*
63. *Suite.*
64. *Y a-t-il, dans notre droit, des pactes dans le sens que l'on attachait à ce mot dans le droit romain? Réfutation des exemples donnés par un auteur pour établir que nous avons aussi des pactes dans quelques cas.*
65. *Division des contrats en synallagmatiques et en unilatéraux; quels sont les contrats synallagmatiques.*
66. *Suivant le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 19, ff.* de Verb. signif., *ce serait à ces seules affaires que le nom de* contrats *conviendrait parfaitement.*
67. *Un contrat synallagmatique de sa nature ne cesse pas d'être tel par cela seul qu'il est exécuté sur-le-champ par l'une des parties; mais alors l'art. 1325 cesse d'être applicable.*
68. *Les contrats synallagmatiques le sont, ou parfaitement ou imparfaitement.*
69. *Quels sont les contrats unilatéraux.*
70. *Le prêt de consommation est de ce nombre.*
71. *Le contrat de rente viagère est tantôt contrat unilatéral, tantôt contrat synallagmatique.*
72. *La donation faite sans charge est contrat unilatéral.*
73. *Lorsqu'elle est faite avec charges, elle participe de la nature des contrats synallagmatiques.*
74. *Définition des contrats commutatifs, suivant le Code; et des contrats aléatoires.*
75. *Tout contrat synallagmatique est en même temps commutatif, mais tout contrat commutatif n'est pas synallagmatique : les uns et les autres sont au surplus à titre onéreux.*
76. *Les contrats commutatifs consistent quelquefois dans une chance de gain ou de perte, et, pour cette cause, ils sont appelés* aléatoires.
77. *La chance de gain ou de perte peut être pour chacune des parties, ou pour l'une ou plusieurs d'entre elles seulement; exemples et rapprochement des art. 1104 et 1964.*
78. *Division des contrats en contrats de bienfaisance et en contrats à titre onéreux; exemples de contrats de bienfaisance.*
79. *Exemples de contrats à titre onéreux.*
80. *Les définitions données par le Code à cet égard ne sont pas d'une rigoureuse exactitude.*
81. *Les contrats se divisent aussi en contrats* réels, *ou qui ne peuvent se former que par la livraison d'une chose, et en contrats qui peuvent se former par le seul consentement.*
82. *La promesse de prêter peut toutefois produire des effets, quoiqu'elle ne soit pas un contrat de prêt.*
83. *Dans les contrats qui se forment par le seul consentement, et pour lesquels la loi a tracé certaines formalités, il faut que ces formalités aient été observées pour qu'il y ait contrat.*

84. *Même dans les contrats non solennels, comme la vente, le louage, le contrat n'est pas parfait par le seul accord sur la chose et le prix, lorsque les parties sont convenues qu'il en serait passé acte, avec intention de suspendre leur consentement jusqu'à la perfection de l'acte.*
85. *Mais la simple déclaration qu'il sera passé acte n'emporte pas nécessairement l'intention des parties ou de l'une d'elles, de suspendre le consentement jusqu'à la rédaction et perfection de l'acte.*
86. *A plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'il y a un acte sous seing privé portant simplement qu'il sera passé acte authentique à la réquisition de l'une des parties.*
87. Quid *d'un marché verbal avec accord sur la chose et le prix, surtout quand il s'agit d'une vente d'immeubles? Droit romain et décisions de Vinnius et de Pothier : résumé.*
88. *Division des contrats en solennels ou authentiques, et en non solennels. Quels sont les contrats solennels.*
89. *En général, les contrats n'ont pas besoin d'être passés en la forme authentique, et les actes ne sont exigés que pour la preuve de la convention : cette preuve peut être fournie autrement que par des actes.*
90. *Le Code reconnaît, comme le droit romain, qu'il existe des contrats qui n'ont pas reçu une dénomination particulière, et d'autres qui en ont reçu une.*
91. *La distinction n'a pas, dans notre droit, la même importance que dans l'ancien droit romain.*
92. *Elle n'est cependant pas absolument indifférente : démonstration.*
93. *Division ou distribution générale de ce titre du Code.*

51. Le contrat, avons-nous dit, est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose (art. 1101).

Ainsi, pour qu'il y ait contrat, il faut que la personne ou les personnes qui font la convention entendent *s'obliger* envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. Il est nécessaire que la convention soit faite *animo contrahendæ obligationis.*

52. Et comme l'on ne peut concevoir de convention sans le concours des volontés de plusieurs, dont l'un promet, consent, s'engage ou s'oblige, et l'autre accepte la promesse, il s'ensuit que les simples offres non encore acceptées, et qu'en droit l'on appelle *pollicitations* (1), ne produisent aucune obligation.

53. Le droit romain rendait cependant obligatoires les pollicitations dans deux cas : 1° lorsqu'un citoyen en avait fait une à sa ville, qu'il avait eu juste sujet de faire, par exemple en considération de quelque magistrature municipale qui lui avait été conférée, *ob honorem ;* et 2° quand il avait commencé de mettre à exécution l'offre qu'il avait faite à sa ville, quelle qu'en fût la cause.

Mais, ainsi que l'observe Pothier (2), on ne doit plus mettre en question s'il y a des pollicitations obligatoires dans notre droit français ; l'ordonnance de 1731, art. 3 (dont la disposition est reproduite dans l'art. 893) (3), ayant déclaré qu'il n'y aurait plus que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit, la donation entre-vifs et le testament, et suivant les formes tracées à cet effet, il est clair que les pollicitations sont par cela même absolument rejetées de notre législation.

54. Il ne faut toutefois pas confondre avec la pollicitation la reconnaissance qu'une personne ferait au profit d'une autre, même absente, *qu'elle doit à celle-ci la somme de...* Cette déclaration n'est point un contrat, mais seulement la preuve d'une obligation déjà existante, surtout si elle exprime la cause de la dette. Aussi est-elle irrévocable, et n'a pas besoin d'être acceptée (art. 1331) (4), comme il faudrait qu'elle le fût si c'était une donation. (Art. 932) (5). Mais si elle n'exprimait point la cause de la dette, et qu'il y eût contestation à ce sujet entre les parties, alors s'élèverait la question de savoir si c'est à celui qui a fait la reconnaissance, ou à son

(1) *Pollicitatio est solius offerentis promissum.* L. 3, ff. *de Pollicit.*

(2) *Des Obligations*, n° 4.

(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(4) Code de Hollande, art. 1913.

(5) Ibid., art. 1720.

héritier, à prouver qu'elle est réellement sans cause, ou bien si c'est à celui qui veut en tirer avantage, à prouver que la cause existe, quoiqu'elle n'ait pas été exprimée ; et c'est un point que nous discuterons plus loin, en parlant *de la cause* des obligations.

55. D'après l'art. 1101, tout contrat est donc une convention ; mais, en sens inverse, toute convention, quoique ayant civilement effet, n'est pas un contrat, même dans notre droit : par exemple, la remise conventionnelle d'une dette, n'est point un contrat, puisque au contraire c'est l'extinction d'un contrat, ou d'une autre espèce d'obligation.

Le mot *convention*, comme nous l'avons dit plus haut, est un terme générique, qui s'applique à toute espèce d'affaire, ou de clause que les parties ont en vue : *Verbum conventionis ad omnia, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt. L.* 1, § 1, ff. *de Pactis.*

56. Mais les principes du droit romain, sur les différentes espèces de conventions, et sur la distinction entre les pactes et les contrats, n'étant pas fondés sur le droit naturel, ils n'ont point été admis dans notre droit français (1). Toute convention arrêtée dans la vue de former un engagement sérieux, et réunissant d'ailleurs les conditions requises par la loi, sous le rapport de la liberté du consentement, de la capacité de celui qui a fait la promesse, de l'objet promis, et de la cause de cette même promesse, est obligatoire, et mérite par cela même chez nous le nom de contrat.

Dans le droit romain, au contraire, on distinguait soigneusement les diverses espèces de conventions : les unes étaient des contrats, les autres des pactes. Les contrats étaient obligatoires, et les pactes généralement ne l'étaient pas, en ce sens qu'ils ne produisaient pas d'action.

Les interprètes de cette législation définissent communément le contrat, *conventio nomen habens a jure civili, vel causam* (2) ; et par conséquent le pacte était *conventio destituta nomine et causa* (*id est, datione vel facto*) *quæ obligationem civilem sua natura producere possit; vel nuda rei aut facti in futurum promissio* (3).

57. Les fondateurs du droit romain n'avaient pas voulu que toute convention fût obligatoire et produisît une action, mais seulement celles qui étaient arrêtées d'après une certaine forme, que l'on appelait *stipulatio*, et qui consistait dans une interrogation de la part du créancier, et une réponse conforme de la part du débiteur; celles aussi auxquelles, probablement à cause de leur fréquent usage, on avait donné un nom spécial, comme la vente, le louage, la société et le mandat; ainsi que plusieurs de celles qui se formaient par la remise de la chose ou de l'objet, *re*, tels que le prêt de consommation, le prêt à usage, le dépôt et le gage; et enfin toutes les affaires qui n'avaient pas une dénomination propre, mais qui devenaient obligatoires par l'exécution de l'une des parties, et qui se trouvaient comprises dans l'une ou l'autre de ces combinaisons : *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*

58. Enfin l'on divisait les pactes eux-mêmes en deux classes ; les uns étaient obligatoires et produisaient action, les autres n'en produisaient pas.

Les interprètes appellent les premiers *pacta vestita*, les autres *pacta nuda.*

Parmi les premiers, les uns étaient soutenus par le droit civil, qui leur faisait produire action : tels étaient les pactes par lesquels on promettait une dot, sans stipulation, quelques-uns sur les intérêts, et, depuis la constitution de Justinien (4), la donation entre-vifs promise sans stipulation.

D'autres étaient soutenus par le droit prétorien : tels étaient le pacte de constitut, la convention d'hypothèque, et celle de prêter serment sur un point litigieux.

D'autres enfin étaient attachés aux contrats dits *bonæ fidei*, comme le pacte de réméré, le pacte commissoire. Ils étaient censés faire partie du contrat, pourvu qu'ils y eussent été ajoutés incontinent, *non ex intervallo.* Pour leur exécution on avait l'action générale du contrat.

59. Quant aux pactes *nus*, ils ne produisaient pas d'action, mais, en vertu du droit prétorien,

(1) Pothier, *des Obligations*, n° 3.

(2) L. 7, §§ 1, *et sequent.* ff. *de Pactis.*

(3) Heineccius, *Elementa juris*, n° 774 *et sequent.*

(4) Loi 35, § 5, Cod. *de Donat.*

ils produisaient une exception lorsqu'ils avaient pour objet la remise d'une dette; et comme ils renfermaient d'ailleurs une obligation naturelle, ils produisaient les effets dont nous avons parlé plus haut (1).

60. Les Romains, au surplus, ne niaient pas que les pactes ne dussent être fidèlement exécutés; ils regardaient même comme malhonnête homme celui qui ne voulait pas accomplir sa promesse (2). Mais ils n'avaient pas voulu faire résulter une action *ex pactione nuda;* ils aimèrent mieux n'attacher la sanction à la promesse que dans les contrats : *Fidem sanxerunt in negotiorum contractibus,* dit Aulu-Gelle, liv. 20, chap. 1 (3).

On en donne plusieurs motifs. Suivant quelques interprètes (4), les Romains avaient pensé qu'il convenait de laisser quelque chose à la pudeur et à l'honnêteté des citoyens, pour former les mœurs à l'honneur et à la bonne foi. D'autres estiment que ce fut un effet de la politique des patriciens, afin de tenir le peuple dans la dépendance, en l'obligeant de recourir à la stipulation, dont ils connaissaient seuls la formule, ainsi que celle de l'action qu'elle produisait.

Il nous paraît plus vraisemblable que les législateurs de Rome craignirent qu'il ne s'élevât une multitude de difficultés et de procès à l'occasion des conventions : ils pensèrent probablement qu'une simple convention ne serait bien souvent que l'œuvre de la légèreté et de l'irréflexion; et pour qu'elle fût obligatoire et produisît une action judiciaire, ils exigèrent qu'elle fût revêtue d'une formalité, à l'existence de laquelle ils attachaient le signe certain que la partie avait voulu sérieusement s'obliger. Cette formalité était l'interrogation de la part du creancier, et la réponse conforme du débiteur, et elle produisait le contrat de stipulation.

61. Mais à cette règle ils avaient fait de nombreuses exceptions. Ces exceptions étaient motivées sur la fréquence des affaires d'une certaine sorte, comme la vente, la location, pour lesquelles il eût été gênant de faire une double stipulation, l'une pour la chose, l'autre pour le prix, ce qui aurait d'ailleurs entravé ces négociations dans beaucoup de cas, attendu que la stipulation ne pouvait avoir lieu entre absents, *sive per epistolas, sive per nuntium* (5), ni être faite ou consentie par un sourd ou par un muet (6). Tandis que les contrats de vente et de louage n'exigeant que le seul consentement des parties sur la chose et le prix, rien n'empêche un sourd ou un muet de les former, ni de les faire par correspondance.

D'autres exceptions étaient fondées sur ce que la chose qui était la matière de la convention était livrée ou remise par la formation même du contrat, comme dans les quatre contrats *réels* qui ont une dénomination propre : le prêt de consommation, *mutuum*, le prêt à usage, *commodatum*, et le dépôt et le gage.

62. Et toutes les affaires qui n'avaient pas une dénomination propre, mais dans lesquelles l'une des parties donnait ou faisait actuellement une chose pour que l'autre en donnât ou en fît une de son côté, formaient aussi de véritables engagements, quoique la formule de la stipulation n'eût point été observée. C'était cette exécution qui formait le *contrat*, le lien de droit, qui était la *cause efficiente* de l'obligation, qui donnait naissance à l'action civile contre l'autre partie, pour la forcer à exécuter de son côté la convention. Ces cas étaient innombrables; ils étaient néanmoins tous compris dans ces quatre combinaisons ou figures, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.* L. 5, ff. *de Præscript. verb. vel in fact. act.*

L'action qui avait lieu dans ces cas n'avait pas une dénomination spéciale pour chaque espèce d'affaire, ainsi que dans presque tous les contrats qui avaient reçu un nom particulier du droit civil, comme l'achat et la vente, la location-*conduction*, qui produisaient l'action *empti vel venditi, locati vel conducti,* selon celle des parties, de l'acheteur ou du vendeur, du locateur ou du locataire, qui agissait; c'était une action générale, dite *præscriptis verbis*, ainsi appelée

(1) No 33.

(2) *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea quæ inter eos placuerunt, servare ?* L. 1, ff. *de Pactis.*

(3) *Vide* Heineccius, *Elementa juris*, no 774, note.

(4) *Voyez* Vinnius, Instit. tit. *de Oblig. princip.*

(5) § 11, Instit. *de Inutil. stipul.*

(6) Ibid., § 7.

parce qu'elle s'intentait d'après les termes de la convention, *secundum id quod contrahentes habuere præscriptum et conventum;* et elle était aussi appelée *in factum*, parce qu'elle était conçue et dirigée d'après le récit du fait : *Et dicitur etiam in factum, quia proprium nomen non habet; et adeo dicitur tantum formari et concipi ex narratione facti.* Cujas, lib. 27, *quæst. Papin. ad legem* 8, ff. *de Præscript. verb. et in factum act.*

Par exemple, si Titius avait livré son esclave à Sempronius pour que celui-ci lui donnât le sien, c'était un échange, *permutatio*. Ce n'était pas une vente, parce qu'il n'y avait pas un prix en argent. Mais comme l'action qu'avait Titius, dans ce cas, pour contraindre Sempronius à exécuter de son côté la convention, ou à payer les dommages-intérêts, n'avait pas reçu un nom spécial du droit civil (1), cette action était l'action générale *præscriptis verbis*, par laquelle Titius concluait contre Sempronius à ses dommages-intérêts. Il pouvait même, à son choix, répéter la chose qu'il avait livrée, par une autre action, *condictione causa data causa non secuta : quasi ob rem datam, re non secuta.* L. 5, § 1, ff. *de Præscript. verb.*

Dans tous les cas, en un mot, où l'une des parties donnait ou faisait quelque chose pour que l'autre donnât ou fît de son côté, il y avait *contrat;* et si l'espèce d'affaire qui avait eu lieu n'avait pas reçu une dénomination propre du droit civil, parce que l'on n'était pas rigoureusement dans les termes d'un contrat spécial, à cause de quelques circonstances particulières de l'affaire, cette affaire était un contrat *innommé*, *contractus innominatus,* disent les interprètes.

63. Mais tant que l'exécution, dans ces sortes d'affaires, n'avait pas encore eu lieu de la part d'aucune des parties, il n'y avait qu'un simple pacte, non obligatoire. Ainsi, *dabo ut des, faciam ut facias,* étaient des pactes ; mais dès que j'exécutais, le pacte devenait contrat ; c'était l'exécution qui était la *cause efficiente* de ce contrat, et qui produisait l'obligation civile et l'action.

(1) Quoique l'espèce d'affaire qui avait eu lieu dans cette hypothèse fût appelée *permutatio*.

C'est pour cela que les docteurs définissent le contrat, *conventio nomen habens a jure civili, vel causam,* appliquant ce mot *causam* principalement aux affaires comprises dans les quatre combinaisons ou figures *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias;* car, comme dit le jurisconsulte Ulpien dans la L. 4, ff. *de Præscript. verb.* il n'a pas été possible de donner un nom spécial à chaque espèce d'affaire ou de négociation qui peut se présenter, puisque les circonstances varient à l'infini : *Natura enim conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula.*

64. Toutes ces distinctions, que nous avons abrégées autant qu'il nous a été possible, et que nous n'avons cependant pas cru devoir passer sous silence dans un ouvrage de doctrine, sont presque toutes étrangères à notre droit. Nous ne reconnaissons pas les pactes comme pactes ; ce mot, dans la langue du droit français, est synonyme de contrat.

M. Toullier, tome VI, nº 16, dit cependant qu'il y a encore chez nous des pactes dans certains cas ; que la donation qui n'a pas été acceptée expressément est un pacte, attendu que l'exécution volontaire qu'en fait le donateur l'empêche de revenir contre l'acte et de répéter ce qu'il a livré.

D'abord, lors même qu'il serait absolument vrai que le donateur ne pourrait répéter l'objet livré, cela ne prouverait pas que l'acte dont il s'agit est un pacte, pas plus que l'exécution volontaire de tout autre acte nul ne prouverait que cet acte est aussi un pacte dans le sens que les lois romaines attachaient à ce mot. Mais il n'est même pas exact de dire d'une manière absolue que l'exécution de la part de celui qui a fait une donation non acceptée expressément, ou nulle par tout autre vice de forme, confirme la donation, et le rend non recevable à agir en répétition ; cela n'est pas vrai dans les donations d'immeubles nulles pour cette cause ; et M. Toullier lui-même, au tome V de son ouvrage, nº 189, rapporte, en note, en l'approuvant, un arrêt de cassation du 16 juin 1821, qui a jugé le contraire, attendu qu'aucun acte confirmatif de la part du donateur ne pouvant confirmer une telle donation, l'exécution volontaire, qui n'est

elle-même qu'une confirmation, ne le peut pas davantage (1).

C'est encore inconsidérément que le même auteur dit que c'est aussi un pacte, lorsque l'une des parties a exécuté l'acte contenant des conventions synallagmatiques, qui n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct; que ce cas est semblable au *pacte* qui se formait, dans les principes du droit romain, par l'exécution que l'une des parties donnait à la convention *do ut des, do ut facias.* Tout cela est de la plus grande inexactitude. D'abord, la convention *do ut des*, etc., n'était point un *pacte*, mais un contrat, *contractus innominatus.* En second lieu, celui qui avait exécuté ne l'avait pas fait pour s'obliger, mais bien pour obliger l'autre partie, et acquérir contre elle une action; en sorte qu'avant l'exécution de la part de cette dernière, il pouvait répéter, par la condiction *ob pœnitentiam*, la chose qu'il avait livrée (*Voy.* les Professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandectas, tit. de Præscriptis verbis*). Or précisément c'est tout le contraire dans le cas de l'art. 1325 (2) : celui qui a exécuté la convention ne peut plus argumenter du défaut de double, et il n'a pas pour cela une action efficace contre l'autre partie à raison de cet acte.

Le cas qui aurait peut-être le plus d'affinité avec le pacte du droit romain, c'est celui du jeu ou du pari, pour lesquels le Code, en général, ne donne pas non plus d'action (art. 1965) (3), et dénie pareillement la répétition de ce qui a été volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou fraude. (Art. 1967) (4). Mais, indépendamment de ce que le Code lui-même donne le nom de *contrats* au jeu et au pari (art. 1964) (5), il ne faut pas conclure de ce qu'il s'oppose à la répétition de ce qui a été volontairement payé, que la convention sur le jeu ou le pari soit un pacte dans le sens des lois romaines; cela est si peu vrai que, suivant ces lois, on pouvait répéter ce qui avait été payé en exécution de la convention du jeu, et même pendant cinquante ans; L. 1, 2 et 3, Cod. *de Aleatorib.;* tandis que ce qui avait été payé en exécution d'un pacte n'était pas sujet à répétition. Nous verrons plus loin pourquoi le jeu, en général, ne donne pas d'action, et pourquoi aussi celui qui a payé volontairement une dette de jeu ne peut pas répéter. Mais il n'y a pas à en inférer que la convention sur le jeu est un pacte dans le sens que le droit romain attachait à ce mot.

Nous disons bien sans doute le *pacte de réméré*, mais c'est là une partie intégrante du contrat de vente ; c'est comme si l'on disait la *clause* ou faculté de rachat.

65. Sous le rapport des obligations qu'ils produisent, les contrats sont de plusieurs sortes. Les uns sont obligatoires de part et d'autre, et les autres ne le sont que d'un seul côté; les premiers sont appelés synallagmatiques ou bilatéraux, les derniers unilatéraux.

Suivant le Code, le contrat est *synallagmatique* ou *bilatéral* lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. (Art. 1102) (6).

Tels sont les contrats de vente, d'échange, de louage, de société, et tous ceux qui n'ont pas une dénomination particulière, mais dans lesquels chacune des parties se soumet à donner ou à faire quelque chose qui est l'équivalent ou considéré par elle comme l'équivalent de ce que l'autre s'oblige à lui donner ou à faire pour elle; par conséquent, tout contrat parfaitement synallagmatique est contrat commutatif, ou intéressé de part et d'autre, et par cela même à titre onéreux.

66. Le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 19 ff. *de Verb. signif.*, ne donne même le nom de contrat qu'aux seuls engagements synallagmatiques : *Contractum autem ultro citroque obligationem parere : veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem*... Sous ce point de vue, les engagements unilatéraux ne seraient pas des contrats ; et c'est ce qui a fait dire à Alciat que la stipulation des Romains et la donation étaient simplement des *actes*, mot dont la signification est beaucoup plus étendue.

(1) *Voyez* notre tome VIII, n° 389, où nous rapportons aussi cet arrêt.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1825.

(4) Code de Hollande, art. 1828.

(5) Ibid., art. 1811.

(6) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

C'est même par suite de cette interprétation, adoptée ensuite par différents auteurs, que l'on a dit au conseil d'État, lors de la discussion de la loi sur *les donations et les testaments* (1), que *la donation n'est point un contrat, attendu*, disait-on, *qu'elle n'engendre pas d'obligation mutuelle*; que c'est un acte, dénomination qui lui a été effectivement donnée par l'art. 894 (2), à la place de celle de *contrat*, que portait le projet de loi. Cette observation n'avait au surplus aucune consistance, puisqu'on allait appeler également du nom de *contrats* des engagements purement unilatéraux (art. 1103) (3), et, de plus, que la donation peut être faite avec des charges, qu'elle l'est même souvent (4). Les lois romaines elles-mêmes donnent d'ailleurs le nom de *contrat* à la stipulation et à la donation. L. 1, § 4, ff. *de Verb. oblig.*, L. 7, Cod. *de His quæ metus causa;* et § *ult. Instit. de Oblig.*

67. Au reste, un contrat synallagmatique de sa nature ne cesse pas d'être tel par cela seul que l'une des parties l'exécute sur-le-champ : comme dans une vente de meubles, si le vendeur livre de suite l'objet vendu, ou si l'acheteur en paye à l'instant le prix. Seulement, dans ces cas, l'article 1325 (5) cesserait d'être applicable, parce qu'en ne déclarant valables les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, cet article a eu en vue les conventions qui imposent à chacune des parties des obligations à remplir à l'avenir. Au lieu que dans la vente exécutée sur-le-champ par le vendeur ou l'acheteur, il n'est pas besoin d'un titre contre celui qui exécute, puisqu'il n'a plus rien à faire ni à donner; il suffit qu'il en ait un pour contraindre l'autre partie à exécuter de son côté la convention.

68. Pothier divise, avec raison, les contrats synallagmatiques, en synallagmatiques parfaits, et en synallagmatiques imparfaits.

Les premiers, dit-il, sont ceux dans lesquels les diverses parties sont obligées réciproquement dès le principe, et contractent ainsi les unes envers les autres des obligations principales et directes; de manière que chacune d'elles, par la nature du contrat, a action contre l'autre : comme la vente, le louage, dans lesquels chacun des contractants a, par le fait même du contrat, une action contre l'autre pour l'obliger à l'exécuter.

Les contrats imparfaitement synallagmatiques sont ceux dans lesquels l'une des parties est obligée sur-le-champ, et l'autre ne le devient que *ex post facto, ex accidenti,* et peut par conséquent ne l'être pas du tout; c'est une obligation incidente. Par exemple, dans le dépôt (6) et dans le commodat, le dépositaire et l'emprunteur sont obligés, par le fait seul du contrat, à restituer la chose déposée ou prêtée; tandis qu'ils n'ont d'action contre le déposant ou le prêteur, qu'autant qu'ils ont fait des déboursés pour la conservation de l'objet (7). Cette action ne prend même pas sa source dans le contrat, elle la prend dans le fait des dépenses : elle naît seulement à l'occasion du contrat : les interprètes du droit romain l'appellent *actio contraria depositi*, *vel commodati*, par opposition à l'action *directa*, qui appartient au déposant ou au prêteur.

On peut aussi ranger dans cette classe le mandat (8) et le nantissement.

69. Les contrats *unilatéraux* sont ceux par lesquels une ou plusieurs personnes s'obligent

(1) *Voyez* ce que nous avons dit à cet égard, tome VIII, nos 13 et suivants.

(2) Code de Hollande, art. 1703.

(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(4) Tant que la volonté de donner, exprimée par acte, n'est pas encore régulièrement acceptée, ce n'est en effet qu'un *acte;* comme la procuration non encore acceptée n'est de même qu'un acte, qui devient contrat de mandat par l'acceptation.

(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(6) Il est vrai que, sous le Code, le dépôt n'est pas essentiellement gratuit, et que le dépositaire peut stipuler un salaire. (Art. 1828.) Si cela a eu lieu, alors le contrat est véritablement synallagmatique. Mais c'est contre la nature de ce contrat.

(7) Le dépositaire a toutefois aussi action pour être indemnisé des pertes que le dépôt lui a occasionnées (art. 1947); et l'emprunteur aurait également action si la chose prêtée avait des vices cachés qui lui ont causé un préjudice, si le prêteur les connaissait et ne l'en avait pas averti. (Art. 1891.)

(8) Si, comme le permet le Code (art. 1986), le mandataire a *stipulé* un salaire, alors le contrat est synallagmatique. Dans les principes du droit romain, c'eût été un louage de service, si le salaire eût été en argent (§ 13, *Instit. de Mandato*), et qu'il se fût agi d'ailleurs d'un fait qui pouvait être la matière d'un contrat de louage; et un contrat *innominatus*, si le salaire convenu eût été autre chose que de l'argent, ou si la chose à faire n'eût été d'aucun intérêt appréciable à prix d'argent pour celui qui avait donné la commission. L. 5, § 2, ff. *de Præscr. verbis.*

envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement (article 1103) : comme la promesse de payer telle chose ou telle somme, consentie soit par billet, soit par acte notarié, quand d'ailleurs il n'y a rien à faire ni à donner par le créancier.

70. Le prêt de consommation est aussi un contrat unilatéral (1), peu importe que la section 2 du chapitre 2 du titre *du Prêt*, soit intitulée *des Obligations du prêteur,* obligations qui consistent à répondre des vices de la chose qui peuvent causer du préjudice à l'emprunteur, si le prêteur les a connus et n'en a pas averti l'emprunteur (art. 1898) (2), et qui consistent aussi à ne pouvoir demander la chose prêtée avant le terme convenu (art. 1899) (3) ; car, quant à ce dernier point, ce n'est réellement pas une obligation, c'est seulement *l'absence d'un droit*, du droit de pouvoir réclamer plus tôt la constitution des choses prêtées : et quant aux vices de ces choses, la responsabilité du prêteur, s'il y a lieu, ne naît pas du contrat de prêt, mais de son dol : c'est une chose tout à fait extrinsèque. Peu importe aussi que le prêteur soit tenu de garantir à l'emprunteur la propriété des choses prêtées ; car ce qui résulterait d'une telle obligation, au cas où ce dernier serait évincé, ce serait l'extinction du prêt. Ainsi l'on doit regarder le contrat de prêt de consommation comme étant unilatéral de sa nature.

71. Le contrat de rente, viagère ou constituée, en perpétuel, est bien aussi, dans beaucoup de cas, un contrat unilatéral ; mais lorsque la rente est constituée pour prix d'objets dont le débiteur peut être évincé, notamment pour un immeuble, comme alors le créancier est tenu à la garantie envers le débiteur, il est vrai de dire qu'il y a obligation de part et d'autre, et en conséquence que le contrat est synallagmatique.

72. Une donation faite sans charges est un contrat unilatéral, peu importe que le donataire puisse être privé du bienfait, s'il refuse des aliments au donateur tombé dans l'indigence ; car il n'est point légalement obligé par le contrat à lui en fournir ; seulement il est puni, par la privation du bienfait, s'il ne lui en fournit pas.

73. Mais lorsque la donation est faite avec des charges, alors elle participe de la nature du contrat synallagmatique, parce que, ainsi que nous l'avons démontré précédemment (4), le donataire est civilement obligé à exécuter les charges ; il ne peut s'en dispenser, même en abandonnant les objets donnés, à moins qu'il ne résulte des termes du contrat que cette faculté lui a été réservée. Il y a libéralité pour ce qui excède l'équivalent des charges, et contrat intéressé pour le surplus; c'est *donatio cum negotio mixta*, dit la loi 18 ff. *de Donationibus;* c'est un contrat *mixte,* observe Pothier (5), en ce qu'il participe de la nature des contrats que ce jurisconsulte appelle *intéressés* de part et d'autre, et des contrats de bienfaisance.

Et Pothier donne avec raison cette qualification à tous les contrats par lesquels celle des parties qui confère un bienfait à l'autre exige d'elle quelque chose au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne.

74. Le Code, après avoir établi la division des contrats en synallagmatiques ou bilatéraux et en contrats unilatéraux, donne ensuite une définition du contrat qu'il appelle *commutatif*, et qu'il définit ainsi : « Le contrat est commutatif lorsque « chacune des parties s'engage à donner ou à faire « une chose qui est regardée comme l'équivalent « de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour « elle.

« Lorsque l'équivalent consiste dans la chance « de gain ou de perte pour chacune des parties, « d'après un événement incertain, le contrat est « aléatoire. (Art. 1104) (6).

Tels sont le jeu et le pari, le contrat de rente viagère, le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure.

On peut aussi regarder comme aléatoire la vente d'un droit d'hérédité, à cause des dettes dont est tenu l'acheteur ; celle du jet d'un coup

(1) Pothier, *des Obligations*, n° 9, range aussi *le prêt d'argent* parmi les contrats unilatéraux, et il entend probablement par là le prêt de consommation en général.

(2) Code de Hollande, art. 1796.

(3) Code de Hollande, art. 1797.

(4) Tome VIII, nos 16, 17, 444 et 544.

(5) *Des Obligations*, n° 12.

(6) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

de filet, le produit à espérer de telle entreprise, la vente des fruits que produira tel fonds en telle année (1), et autres semblables traités.

75. La première partie de cette définition rentre beaucoup dans celle du contrat synallagmatique, car certainement il n'est pas un seul contrat parfaitement synallagmatique qui ne soit en même temps commutatif, puisque chacune des obligations qui s'y trouve renfermée est pareillement l'équivalent ou réputée l'équivalent de l'autre engagement. Mais il y a cependant cette différence que, *vice versa,* tout contrat commutatif n'est pas nécessairement synallagmatique : par exemple, le prêt à intérêt est un contrat commutatif puisque l'un donne la jouissance de son argent, et que l'autre paye cette jouissance, ce qui est un échange d'avantages ; mais ce contrat n'est pas pour cela synallagmatique; car l'emprunteur seul est obligé : le contrat ne produit d'action que contre lui.

Ainsi, en considérant moins les engagements qui naissent des contrats commutatifs, que les causes qui les produisent, nous ne trouverons pas de différence entre eux et les contrats synallagmatiques. Mais lorsque nous envisagerons les effets, les obligations à remplir, nous distinguerons ces contrats les uns des autres, en ce que, dans certains cas, au surplus fort rares, les premiers ne produisent pas d'obligations réciproques, mais seulement d'un côté; tandis que tout contrat synallagmatique parfait produit, de sa nature, des engagements et des obligations réciproques, et par conséquent action de part et d'autre. Sous ce rapport, on peut justifier les diverses dénominations dont le Code s'est servi pour les qualifier. Ces contrats sont au surplus tous intéressés de part et d'autre, tous à titre onéreux.

76. Quant aux contrats *aléatoires*, le Code, dans l'art. 1104, parait les opposer aux contrats commutatifs, et faire ainsi des uns et des autres une division principale. Pothier (nº 13), semble avoir donné lieu à cette division inexacte, en disant que « les contrats intéressés de part et d'au-« tre se subdivisent en contrats commutatifs et « en contrats aléatoires. » Il est cependant évident que le contrat aléatoire est toujours commutatif, quoique tout contrat commutatif ne soit pas aléatoire. La seule différence qui existe, comme l'a très-bien observé M. Delvincourt, c'est que, dans les contrats commutatifs, il y a quelque chose d'effectif de donné ou de fait de chaque côté; tandis que l'objet du contrat aléatoire n'étant qu'une chance, une espérance, cette chance, cette espérance peut se réduire à peu de chose, et même quelquefois à rien. Mais cette chance étant quelque chose d'avantageux au moment du contrat, et étant donnée en retour de ce que l'on reçoit ou doit recevoir, elle fait que le contrat est réellement commutatif.

Il ne faut donc pas, comme Pothier, diviser les contrats intéressés de part et d'autre en contrats commutatifs et en contrats aléatoires; ni, comme le Code, opposer ceux-ci à ceux-là : il faut simplement dire : Les contrats intéressés de part et d'autre, ou commutatifs (car ces expressions sont synonymes), ont quelquefois pour objet une simple espérance, soit pour l'une ou plusieurs des parties seulement, soit pour toutes réciproquement, et alors le contrat est aléatoire : l'une d'elles donne ou fait quelque chose pour l'autre, qui, de son côté, paye, par le risque qu'elle court, ce qu'on fait pour elle ou ce qu'on lui donne; et ce risque en étant l'équivalent d'après leur volonté, cela suffit pour que le contrat soit réellement commutatif, ou intéressé de part et d'autre. En sorte que c'est la même espèce de contrats dans leur cause, quoiqu'ils puissent différer dans les effets.

77. Et, comme nous venons de le dire, la chance de gain et de perte peut être aussi bien pour une ou plusieurs des parties seulement, que pour chacune d'elles. C'est la définition que l'article 1964 (2) donne des contrats aléatoires, et qui complète celle de l'art. 1104, suivant lequel il semblerait que la chance de gain ou de perte doit être pour *chacune des parties*.

En effet, dans le contrat d'assurance, par exemple, il y a bien chance de gain et de perte pour l'assureur, car c'est l'événement qui lui

(1) Nous aurons, au surplus, quelques observations à faire sur cette vente, quand nous parlerons de la matière des contrats.

(2) Code de Hollande, art. 1811.

rendra le contrat profitable ou désavantageux ; mais nous ne voyons pas qu'il y ait chance de gain pour l'assuré, puisqu'il ne peut rien avoir au delà de l'estimation de la chose assurée ; ni qu'il y ait non plus chance de perte pour lui, puisque la prime qu'il s'oblige à payer doit l'être à tout événement ; il veut seulement éviter le danger de perdre la valeur de sa chose, et pour cela il fait de suite un sacrifice qui n'est soumis à aucune chance.

Au lieu que dans le jeu et le pari il y a réellement chance de gain et de perte pour chacune des parties, puisque chacune d'elles peut perdre ou gagner.

Il en est de même dans le contrat de rente viagère. Le créancier peut retirer, par la longue durée du service de la rente, des arrérages qui excéderont la valeur de la chose qu'il a donnée de son côté, avec les revenus de cette même chose pendant tout ce temps ; comme il est possible qu'il ne perçoive que fort peu d'arrérages pour un objet d'une bien plus grande valeur. On peut en dire autant, *vice versa*, à l'égard du débiteur de la rente : il peut payer très-longtemps cette rente, et débourser ainsi bien au delà de la valeur de la chose qu'il a reçue, y compris ses revenus ; comme il peut ne débourser que beaucoup moins, par l'extinction prématurée de la rente.

78. Une autre division des contrats, suivant le Code, est en contrats de bienfaisance, et en contrats à titre onéreux : elle se tire principalement des motifs et encore mieux de la *cause* du contrat.

Selon l'art. 1105 (1), « le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties « procure à l'autre un avantage purement gra- « tuit. » Telles sont les donations entre-vifs, les contrats de prêt à usage et de prêt de consommation sans intérêt, le dépôt, le mandat sans salaire, et autres affaires dans lesquelles l'une des parties a seule un avantage, et qui n'ont eu lieu qu'en vue de le lui procurer.

79. Et, d'après l'article 1106 (2), « le con- « trat à titre onéreux est celui qui assujettit cha- « cune des parties à donner ou à faire quel- « que chose, » comme la vente, le louage, l'échange, etc., etc.

80. Ces définitions du Code, au reste, ne sont pas rigoureusement exactes. D'abord, la donation qui serait faite avec quelques charges ne cesserait pas pour cela d'être un contrat de bienfaisance, bien qu'ainsi l'avantage procuré à l'une des parties ne fût pas *purement gratuit*.

En second lieu, il n'est pas non plus exact de dire, comme le fait le Code, que le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties *à donner ou à faire quelque chose*, car cette définition, qui est absolument la même au fond que celle que l'on donne du contrat synallagmatique et du contrat commutatif, dans les art. 1102 et 1104, ne convient précisément pas au contrat à titre onéreux, puisque le prêt à intérêt est un contrat de cette sorte, et qu'il n'assujettit cependant pas chacune des parties, mais seulement l'emprunteur, à donner ou à faire quelque chose ; or, suivant les règles d'une bonne logique, toute définition doit convenir *soli definito et omni definito*.

81. Une autre division des contrats, que le Code ne consacre pas textuellement, il est vrai, comme les précédentes, mais qui résulte cependant de l'ensemble de ses dispositions, et que la doctrine a d'ailleurs toujours admise, parce qu'elle résulte de la nature même des choses (3), est en contrats *réels* et en contrats *consensuels*.

Ceux-ci, comme la vente, le louage, la société, le mandat, et quelques autres dans notre législation (4), n'ont besoin pour leur formation que du seul consentement des parties sur la chose et le prix ou la nature de l'affaire, et c'est par cette raison qu'on les appelle *consensuels ;* tandis que ceux-là, tels que le prêt à usage, le prêt de consommation, le dépôt et le gage, exigent, pour leur perfection, qu'il intervienne, outre le consentement, nécessaire à tous les contrats, la remise, livraison ou tradition quelconque d'une chose qui est l'objet même de la convention.

(1) Code de Hollande, art. 1350.

(2) Ibid.

(3) *Voyez* Pothier, *des Obligations*, n° 10.

(4) L'échange, *permutatio*, peut se former dans notre droit par le seul consentement ; tandis que dans le droit romain, il n'y avait contrat qu'autant que l'une des parties au moins avait

Aussi tous les articles du Code qui les définissent expriment-ils cette livraison ou remise. (Articles 1875, 1892, 1915, 2071 et 2076) (1).

Comment, en effet, concevoir un contrat de dépôt ou de prêt sans qu'aucune chose ait été déposée ou prêtée? Il pourra bien y avoir projet ou même une convention de faire et recevoir un dépôt ou un prêt, mais cette convention ne sera ni le dépôt ni le prêt; car l'effet de ces contrats est de restituer ce qui a été confié ou prêté, et il n'y a aucune restitution possible quand rien n'a été confié ni remis.

82. Nous n'entendons pas, au surplus, dire par là que la convention arrêtée entre deux personnes, que l'une prêtera telle somme à l'autre, à telle époque, n'est point obligatoire : au contraire, elle est très-valable, et pourrait donner lieu à des dommages-intérêts contre celui qui a fait la promesse de prêter, s'il ne voulait pas la tenir; comme elle pourrait aussi, dans le cas où le prêt devait produire des intérêts, donner lieu à des dommages-intérêts à son profit, si l'autre partie ne voulait pas la réaliser. Mais ces dommages-intérêts ne résulteraient pas d'un contrat de prêt, qui n'a point eu lieu; ils résulteraient seulement de l'inexécution de la convention, laquelle, dans notre droit comme dans le droit romain, n'a aucun nom particulier, mais n'en est pas moins licite et obligatoire chez nous, d'après les articles 1107 et 1134 (2), puisqu'elle n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs.

83. Quand nous disons que les contrats non solennels sont parfaits par le seul consentement des parties, cela n'est vrai néanmoins qu'autant que ce consentement a été exprimé dans les formes tracées par la loi pour l'espèce de contrat dont il s'agit; et il résulte de cette observation une autre division des contrats, en contrats solennels et contrats non solennels. Nous allons la développer tout à l'heure.

84. De plus, même dans les contrats qui ne sont pas solennels, *puta*, la vente, le louage ou tout autre marché, qui peuvent être passés par acte sous seing privé comme par acte authentique, et même être faits verbalement, si les parties, en contractant, sont convenues, par exemple, de passer un acte devant notaires, *avec intention que le marché ne serait parfait et conclu que lorsque l'acte aurait reçu sa forme entière*, le contrat ne recevra effectivement sa perfection que lorsque l'acte du notaire aura reçu la sienne; et les parties, quoique d'accord sur les conditions du marché, pourront licitement se dédire avant que l'acte ait été complétement signé. Telle est la décision de Pothier (3), fondée sur la loi 17, au Code, *de Fide instrumentorum*, dont le principe est reproduit aux *Institutes*, *tit. de Emptione et venditione*.

En effet les parties, dans ce cas, ont voulu suspendre leur consentement définitif jusqu'à la perfection de l'acte qui devait le recevoir : c'est une condition de leur convention.

85. Mais comme il faut pour cela que leur intention ait été telle, il importe de bien distinguer ce qui a eu lieu, *quod actum est*. Car, ainsi que l'observe aussi Pothier : « De ce que les parties sont « convenues qu'il serait passé acte devant notaires « de leur traité, cette convention ne fait pas par « elle-même dépendre de cet acte la perfection « de leur marché : il faut, de plus, qu'il paraisse « que leur intention, en faisant cette convention, « a été de l'en faire dépendre. C'est en confor- « mité de ces principes qu'il a été jugé par un « arrêt de 1595, rapporté par Mornac, *ad dic-* « *tam legem* 17, qu'une partie ne pouvait se « dédire d'un traité de vente fait sous les signa- « tures des parties, quoiqu'il y eût la clause qu'il « en serait passé acte devant notaires, et que cet « acte n'eût pas encore été passé; parce qu'on « ne pouvait pas conclure de cette clause seule « que les parties aient voulu faire dépendre de « l'acte devant notaires la perfection de leur « marché, cette clause ayant pu être ajoutée seu- « lement pour en assurer davantage l'exécution, à « cause de l'hypothèque qui résulte des actes nota-

livré de son côté : *do ut des* était un échange; *dabo ut des* n'était qu'un simple pacte, non obligatoire d'après le principe général sur l'effet des pactes. Mais chez nous, les pactes et les contrats sont mis sur la même ligne.

(1) Code de Hollande, art. 1777, 1791, 1196 et 1199.

(2) Code de Hollande, art. 1355 et 1374.

(3) N° 11, de son Traité *des Obligations*.

« riés (1), et du risque qu'un acte sous signatures « privées court de s'égarer. »

86. A plus forte raison en doit-il être ainsi quand l'acte sous seing privé, comme il arrive fréquemment, porte soumission expresse pour chacune des parties de passer acte devant notaire à la première réquisition de l'une d'elles; dans ce cas tout doute s'évanouit, et il faut que cette obligation soit exécutée.

87. « Mais lorsque, dit encore Pothier, le « marché est verbal, il est plus facile à la partie « à qui l'on en demande l'exécution de s'en « dédire, en soutenant que ce n'était qu'un projet « jusqu'à la signature de l'acte devant notaire, « qu'on était convenu d'en passer, parce que les « marchés dont l'objet excède cent livres ne « pouvant se prouver par témoins, et n'y ayant « par conséquent, en ce cas, d'autre preuve du « marché que cette déclaration, elle doit être « prise en son entier. »

Cela est incontestable, mais si l'on décide que le contrat a pu être fait verbalement avec plein effet, la partie qui en demande l'exécution peut faire interroger l'autre sur le fait de la convention définitive, et si elle l'avoue, elle est tenue de l'exécuter; on peut aussi lui déférer le serment sur ce point, et si elle refuse de le prêter, elle doit être condamnée. Que si l'on décide, au contraire, en principe, que la convention verbale ne peut être considérée que comme un projet, qu'il y a toujours en pareil cas la condition tacite qu'elle serait redigée par écrit pour être obligatoire, et que le consentement est en suspens jusqu'à ce moment, alors le serment lui-même ne pourrait être déféré, d'après la règle: *Frustrà probatur quod probatum non relevat.*

Cette dernière prétention ne peut se soutenir toutes les fois qu'il s'agit de traités sur des objets mobiliers corporels : aussi Pothier, dans ce passage, incline-t-il visiblement à la validité des marchés verbaux, sans même distinguer à cet égard entre les diverses choses qui en font l'objet. Il ne s'arrête évidemment que sur la difficulté de la preuve; et l'orateur du gouvernement, chargé de présenter le projet de loi sur *la vente* à l'approbation du corps législatif, s'exprimait ainsi : « L'écri« ture n'est exigée que *tantum ad probationem*, « et la vente aura tout son effet, s'il conste « d'ailleurs de son existence, mais la preuve n'en « pourra avoir lieu que conformément aux règles « touchant la preuve des conventions. »

Le doute sur ce point ne peut donc guère s'élever, selon nous, qu'à l'égard des traités verbaux sur des immeubles, ou sur des droits ou créances sur des tiers, parce que la transmission des immeubles, par exemple, ne s'opère pas et ne se constate pas par la seule possession, comme celle des effets mobiliers corporels, et qu'on peut, en conséquence, naturellement supposer que les parties ont entendu traiter par acte écrit; que les conventions verbales ne sont que des projets. Une vente verbale, en effet, ne présenterait aucune sécurité à l'acheteur, qui pourrait être évincé d'un moment à l'autre, soit par le vendeur lui-même, soit par les créanciers ou les héritiers de celui-ci, et elle ne lui fournirait aucun moyen de purger les hypothèques dont les biens pourraient être grevés : aussi, généralement, est-il passé acte des ventes de ces sortes de biens : d'où l'on peut naturellement conclure que les parties sont censées avoir en effet voulu qu'il en fût fait un pour régler leur consentement réciproque.

D'un autre côté, les conditions d'une vente sont généralement arrêtées avant que les parties en passent un acte; le consentement sur la chose et le prix, qui suffit aux termes du Code (art. 1582 et 1583) (2), pour la formation du contrat de vente, se donne le plus souvent de part et d'autre sans restriction, sans même que l'on fasse mention de l'acte, que l'on passe ensuite, et c'est sur ces cas qu'il y a réellement difficulté; car si, d'une part, ceux qui traitent d'une vente d'immeubles sont censés vouloir qu'il en soit dressé acte, ce qui n'est pas douteux, du moins généralement, sont-ils censés, d'un autre côté, avoir voulu par cela même suspendre l'effet de leur consentement sur les conditions du traité jusqu'à la rédaction complète de cet acte, soit privé, soit authentique? Ou bien n'ont-ils tacitement voulu un acte que pour constater seulement leur con-

(1) Aujourd'hui les actes notariés n'emportent point hypothèque par eux-mêmes, il faut une convention spéciale à cet effet. (Articles 2116, 2117 et autres.)

(2) Code de Hollande, art. 1493, 1494 et 1495.

vention, pour la preuve de la vente, et pour en assurer plus pleinement les effets et l'exécution, en un mot, pour leur sûreté réciproque?

Vinnius, expliquant la décision de Justinien dans la loi 17 précitée, sur le passage des *Institutes* qui la rappelle, enseigne que la vente est faite *in scriptis,* et en conséquence que le consentement est suspendu jusqu'à la perfection de l'acte, non-seulement lorsque les parties sont expressément convenues qu'il n'y aurait de contrat que dès qu'il y aurait un acte parfait pour le constater (ce qui ne souffre aucune difficulté), mais encore lorsqu'elles en sont tacitement convenues. Et suivant lui, ainsi que selon plusieurs docteurs qu'il cite, elles en sont tacitement convenues toutes les fois qu'elles sont simplement convenues qu'elles traitaient par écrit, ou que leur contrat serait par écrit : *Ut in scriptis contraheretur, vel quod idem valet, si ab initio placuerit contractum in scriptis fieri.* De là, dit-il, si, dans le moment même de la convention, ou un peu auparavant, les parties ou l'une d'elles ont demandé du papier ou une plume pour passer acte, ou si elles ont parlé d'aller chez le notaire pour le même objet, elles sont censées avoir voulu traiter par écrit, *in scriptis*, et avoir, en conséquence, entendu mettre à leur convention la condition qu'elle ne serait parfaite que par la rédaction de l'acte, et que jusque-là leur consentement sur les effets du traité serait en suspens.

Cette opinion a été confirmée par plusieurs décisions de cours souveraines, suivant le témoignage du président Favre, qui les cite dans son Code, *tit., de Testibus, de fin.* 23, *et de Fide instrum., defin.* 14; quoique quelques auteurs, notamment Sallicétus, sur la loi 17 au Code, *de Fide instrum.* précitée, aient été d'avis contraire, prétendant que ce n'est qu'une réserve formelle dans l'esprit de cette loi, qui suspend le consentement.

Pothier dit pareillement que lorsqu'il y a un acte sous signatures privées d'un marché qui n'a pas reçu sa perfection entière par les signatures de toutes les personnes exprimées dans l'acte, quelqu'une d'entre elles s'étant retirée sans signer, celles qui ont signé peuvent même se dédire, comme celle qui n'a pas voulu le faire, parce qu'elles sont admises à dire qu'en dressant ou faisant dresser cet acte, elles ont eu l'intention de faire dépendre leur convention de sa perfection. Et il cite à cet égard un arrêt du 15 décembre 1654, rapporté par Soeffe, tom. I, cent. 4, n° 75.

Du reste, Vinnius ajoute, ainsi que Pothier, que si, en faisant une convention, l'on dit simplement qu'il en sera dressé un acte, l'on ne doit pas conclure de là que les parties n'ont entendu traiter que par écrit, *ut contractus in scriptis fieret,* mais bien plutôt qu'elles ont eu en vue, en parlant d'un acte, d'assurer l'existence de la convention et de la constater : *sed potius, ut sine scriptura initus perfectusque contractus ad futuram rei memoriam describeretur.*

Il dit enfin que, dans le doute sur l'intention des parties, il est à croire que l'acte dont on a parlé a eu plutôt pour objet la preuve de la convention que sa perfection, puisque, de sa nature, le contrat pouvait avoir effet sans l'écriture, et que les parties sont plutôt censées vouloir traiter d'après les principes du droit commun, que d'après un droit spécial, tel que celui qu'a établi Justinien par sa constitution, ou loi 17 précitée.

D'après cette théorie, que nous adoptons pleinement, nous sommes porté à penser que, dans le cas où deux personnes ont traité purement et simplement du prix d'un immeuble, et de tout ce qui est relatif à la vente, il y a contrat parfait, nonobstant la convention sous-entendue ou exprimée qu'il en sera ultérieurement passé acte à la réquisition de l'une d'elles, ou simplement qu'il en sera passé acte : en conséquence, que le serment peut être déféré à celui qui ne voudrait pas exécuter.

Mais nous pensons aussi que si, dans le cours du traité, les parties ou l'une d'elles parlent d'écrire de suite leur convention, ou d'aller de suite chez le notaire, le contrat n'est parfait que par l'acte lui-même, qui se trouverait faire partie intégrante du consentement, quand bien même elles seraient tombées d'accord sur toutes les conditions de la vente au moment où elles parlent d'écrire l'acte où d'aller chez le notaire.

Enfin, si des arrhes ont été données dans une convention verbale par laquelle on était d'accord sur la chose et le prix, on doit considérer cette convention moins comme un contrat parfait et complet, que comme une promesse sous une con-

dition résolutoire, dont chacune des parties peut se dédire en perdant les arrhes : celle qui les a données, en tant qu'elle ne peut plus les réclamer ; celle qui les a reçues, en les restituant au double (art. 1590) (1) ; et cela, soit que les parties fussent convenues de passer acte de suite ou ultérieurement, soit qu'il n'ait rien été dit à ce sujet. C'est là une *promesse* de vendre ou traiter, plutôt qu'une vente parfaite et définitivement arrêtée : les arrhes ont été données et reçues pour lier les parties, qui n'avaient point encore d'acte, mais pour les lier par la crainte seulement de les perdre : par conséquent, ces arrhes étaient considérées par elles comme le prix du dédit.

88. Ainsi que nous l'avons dit, on divise encore les contrats en solennels ou authentiques, et en non solennels.

Les premiers sont les contrats qui ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits par acte passé devant officiers publics compétents, et avec toutes les solennités requises (art. 1317) (2) : tels sont les actes portant donation entre-vifs, les contrats de mariage et les conventions d'hypothèque. (Article 931, 1394 et 2127) (3).

Les formalités, dans ces cas, ne sont pas seulement exigées pour la preuve, elles le sont aussi *ad solemnitatem*, ou, si l'on veut, la loi ne reconnaît la preuve du contrat que dans l'emploi de ces mêmes formalités, qui d'après, cela, sont *essentielles*, et ne peuvent être suppléées par aucune autre espèce de preuve, pas même par l'aveu de la partie adverse, ni par son refus de prêter le serment qui lui serait déféré par l'autre. C'est à ces cas que s'applique l'adage : *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

89. Mais la plupart des contrats n'ont pas besoin d'être constatés par des actes authentiques ; la loi même ne les a assujettis à aucune formalité particulière ; elle ne demande à leur égard que la preuve de leur existence, et cette preuve peut être fournie de l'une des manières qu'elle autorise, par l'écriture, par témoins, par des présomptions, par l'aveu de la partie et par le serment ; toutefois, selon les distinctions et restrictions qu'elle a cru devoir apporter à cette règle générale, et que nous développerons dans la suite.

90. L'article 1107 (4) porte que : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, « soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des « règles générales, qui sont l'objet du présent « titre.

« Les règles particulières à certains contrats « sont établies sous les titres relatifs à chacun « d'eux, et les règles particulières aux transac- « tions commerciales sont établies par les lois « relatives au commerce. »

Ainsi, le Code reconnaît qu'il y a des contrats qui n'ont pas de dénomination propre, et d'autres qui en ont une ; c'est donc encore une division des contrats, en contrats *nommés* et en contrats *innommés*, pour nous servir du langage des docteurs.

91. Pothier dit néanmoins que cette division, exacte dans les principes du droit romain, n'a pas lieu parmi nous (5). Cela est vrai en ce sens que les actions n'ayant pas chez nous, comme dans cette législation, de dénominations spéciales, du moins dans la pratique, il n'y a en effet aucune différence, sous ce rapport, entre ces divers contrats ; car, de quelque manière que l'action soit qualifiée, si la prétention est bien fondée, elle sera ou devra être couronnée du succès : il suffira pour cela d'expliquer clairement dans la demande quel en est l'objet, et les motifs sur lesquels elle est fondée. Tandis que dans le droit romain antérieur à Constantin, qui a abrogé les formules des actions (6), il fallait, pour réussir dans la demande, que l'espèce d'action que l'on intentait fût bien celle qui s'appliquait à l'espèce d'affaire qui avait eu lieu, et que cette action fût conçue selon la formule qui lui était propre. Aussi, le jurisconsulte Paul, dans la

(1) Code de Hollande, art. 1500.

(2) Ibid., art. 1905.

(3) Ibid., art. 1919, 1724, 202 et 1217.

(4) Ibid., art. 1355.

(5) Cette observation, au reste, ne peut être fondée sur ce que chez nous l'on ne distingue point les pactes des contrats, puisque cette division, dans le droit romain, ne comprenait que des *contrats*.

(6) Par sa constitution qui est la loi 1re au Code *de Formulis et impetrationibus actionum sublatis*.

loi 5, § 4 ff. de *Præscript. verb. vel in fact. act.*, conseille-t-il d'agir par l'action *præscriptis verbis* (qui était une action générale) toutes les fois qu'il y a du doute sur la qualité de l'affaire, c'est-à-dire, si, à raison de quelque circonstance ou clause particulière, l'on est incertain si c'est une vente proprement dite, ou un échange, ou un louage, ou toute autre espèce d'affaire ; car si l'on eût employé une formule d'action qui ne convenait pas à l'espèce d'affaire qui avait eu lieu, alors la cause était perdue, il n'y avait plus possibilité de renouveler la demande avec succès.

92. Mais si, sous ce point de vue, il n'y a chez nous aucune différence entre les contrats qui ont une dénomination propre, et ceux qui n'en ont pas, il n'en est pas moins vrai que sous d'autres rapports, c'est-à-dire quant aux effets possibles, quant à l'étendue des obligations, cette différence n'est point totalement effacée, et qu'ainsi l'on peut très-bien encore distinguer ces contrats les uns des autres.

Supposons, en effet, que deux voisins qui n'ont chacun qu'un seul bœuf, conviennent que l'un d'eux fournira le sien à l'autre pendant une semaine pour labourer son champ, et que ce dernier fournira le sien à son tour la semaine suivante : ce n'est pas là un louage, parce que le prix n'est pas en argent (1) ; ce n'est pas non plus un commodat ou prêt à usage, parce que le contrat n'est pas à titre gratuit de part ni d'autre ; ce n'est pas davantage un échange proprement dit, parce que la propriété n'est point transférée ; enfin, ce n'est pas un contrat de société, parce que l'arrangement a été fait dans des vues d'intérêts distincts et séparés. On passerait ainsi en revue tous les contrats qui ont reçu une dénomination propre, et dont le nombre, au reste, n'est pas fort grand, qu'on ne pourrait ranger dans la classe d'aucun d'eux l'espèce d'affaire dont il s'agit parce qu'elle en différerait toujours sous quelque rapport; c'est donc un contrat *innommé*. Aussi, dans le droit romain, eût-il fallu agir par l'action générale *præscriptis verbis*, si, l'une des parties ayant exécuté la convention, l'autre ne l'avait point exécutée de son côté, ou si l'une d'elles avait laissé périr, par sa faute, le bœuf de l'autre (2).

D'après cela, supposons en effet que le bœuf de l'un d'eux ait péri chez l'autre, par suite d'une faute très-légère de celui-ci, ou quand ce dernier aurait pu le garantir en laissant périr le sien : si l'on appliquait les principes du commodat, par exemple, il serait responsable de la perte (article 1882) (3) ; et, en supposant que ce bœuf eût été remis à deux conjointement, ils seraient solidairement responsables des dommages-intérêts du demandeur. (Art. 1887) (4). Tandis que si l'on décide, comme on doit le faire, que ce n'est point un contrat de commodat, il n'y aura pas de solidarité, parce que ce sont le règles du titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général* qui seront applicables, et, que, suivant ces règles, la solidarité n'a lieu que lorsque les parties en sont expressément convenues, ou en vertud'une disposition de la loi. (Art. 1202) (5). Celui chez lequel le bœuf a péri ne sera donc responsable de cette perte qu'autant qu'elle serait le résultat de cette espèce de faute dont on est responsable dans les contrats intéressés de part et d'autre, et c'est communément la faute moyenne ou légère, mais non la faute très-légère, dont est responsable celui qui retire seul un avantage du contrat, comme le commodataire. Et si, dans l'espèce, le bœuf avait été confié à deux personnes, il n'y aurait pas solidarité, à moins qu'elle n'eût été convenue.

On multiplierait facilement les exemples propres à démontrer qu'il faut encore distinguer soigneusement, *quant aux effets*, les contrats qui ont reçu une dénomination propre, de ceux qui n'en ont pas, quoique les uns et les autres, d'après le Code lui-même, soient soumis aux règles générales du titre que nous expliquons. Mais précisément ceux qui ont reçu une dénomination sont assujettis à des règles spéciales, auxquelles les autres ne sont pas soumis, du moins communément, et cela seul suffit pour justifier la division que nous avons établie entre les uns et les autres, division que consacre d'ailleurs clairement le Code lui-même, par l'article 1107 précité.

(1) § 2, Instit. *de Locat. conduct.*
(2) Ibid., et L. 17, § 3, ff. *de Præscrip. verb.*
(3) Code de Hollande, art. 1782.
(4) Code de Hollande, art. 1786.
(5) Ibid., art. 1318.

93. Dans l'analyse de cette importante matière, nous suivrons la division générale adoptée par les rédacteurs du Code.

Ainsi, après avoir, comme eux, traité, dans un premier chapitre, *des dispositions préliminaires*, et des différentes divisions des contrats, nous parlerons, dans un deuxième, *des conditions essentielles à la validité des conventions ;* ce qui comprend le consentement des parties, la capacité de celle qui s'oblige, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et une cause licite dans l'obligation.

Le chapitre trois traitera *de l'effet des obligations,* soit de donner, soit de faire.

Le quatrième, *des diverses espèces d'obligations*, ce qui embrasse les modalités dont elles peuvent être affectées, comme les conditions, le terme, la solidarité, l'indivisibilité, les clauses pénales, etc.

Le cinquième, *de l'extinction des obligations.*

Et enfin, le sixième et dernier, *de la preuve des obligations, et de celle du payement.*

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES A LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

94. *Quatre conditions sont essentielles à la validité d'une convention; texte de l'art.* 1108.
95. *Ce qu'on entend par* consentement.
96. *On distingue, dans les contrats, les choses qui sont de leur essence, celles qui sont de leur nature, et celles qui sont accidentelles.*
97. *L'absence des premières fait qu'il n'y a pas de contrat.*
98. *Cependant il est des choses essentielles à certains contrats seulement.*
99. *Les choses de la nature d'un contrat sont celles que la loi supplée dans le silence des parties, d'après leur volonté présumée.*
100. *Mais on peut les exclure du contrat par une stipulation, et alors cette stipulation est une chose accidentelle.*

94. Pour former une convention obligatoire et propre à produire des effets en droit, il faut la réunion des quatre conditions suivantes, c'est-à-dire le concours de ces quatre choses :

1° Le consentement de la partie qui s'oblige ;

2° Sa capacité de contracter ;

3° Un objet certain, qui forme la matière de l'engagement ;

4° Une cause licite dans l'obligation. (Article 1108) (1).

Ces conditions seront développées dans les quatre sections suivantes. Nous verrons aussi qu'il faut, en général, pour qu'une convention soit valable, que celui qui promet, en son nom, promette pour lui-même, et non pour un autre, et que celui qui stipule, le fasse dans son intérêt, et non pas uniquement dans celui d'un tiers.

95. En disant simplement, avec le Code, qu'il faut *le consentement de la partie qui s'oblige,* nous disons par cela même que la volonté de la partie au profit de qui a lieu l'obligation concourt aussi à la former ; car un consentement suppose nécessairement le concours de deux volontés réciproques : *Consensus dicitur cum duorum voluntates in unum concurrunt, utroque sciente et approbante.* Connanus, lib. VI, cap. 1, n° 4.

Consentire est in unam sententiam concurrere, L. 1, § *Conventionis,* ff. *de Pactis.* En un mot, *consentire, consensus, est sentire cum aliquo*

La volonté de m'obliger envers vous, quoique formellement exprimée, sans acceptation de votre part, n'est donc point un *consentement,* dans le langage du droit ; c'est une simple offre, ou proposition qui, suivant ce que nous avons dit plus haut (n°s 52 et suivant), n'est point obligatoire, ne produit aucune action en justice. Il n'y aurait consentement et convention, que lorsque vous auriez agréé cette offre, cette proposition.

96. La théorie et l'analyse ont appris à distinguer trois espèces de choses dans les contrats : celles qui sont *essentielles*, et sans lesquelles, par conséquent, le contrat ne peut exister ; celles qui sont seulement de la *nature* du contrat, parce qu'elles sont une suite de l'engagement, un de ses effets légaux, mais que l'on peut rejeter du contrat par une convention ; et enfin celles qui

(1) Code de Hollande, art. 1356.

sont *accidentelles*, et qui n'ont lieu qu'en raison d'une convention particulière, qu'on peut faire ou qu'on peut omettre.

97. Les quatre conditions dont nous venons de parler, sont toutes essentielles à toute convention, à tout contrat quelconque, soit du droit civil, soit du droit commercial. L'absence de l'une d'elles fait qu'il n'y a pas de contrat du tout. On ne peut, en effet, en concevoir un sans le consentement de personnes qui veulent le former, et leur capacité de contracter; sans un objet qui en soit la matière, et une cause licite qui ait porté ces personnes à traiter; car, même dans les donations, il y a une cause, la volonté de conférer un bienfait.

98. Mais il est des choses qui sont essentielles à certains contrats, et qui ne le sont point à d'autres, qui ne doivent pas même s'y rencontrer : par exemple, dans le contrat de vente, il faut un objet et un prix, sur lesquels les parties s'accordent; si l'on ôte l'un ou l'autre, le contrat n'est plus une vente, ce n'est plus un contrat commutatif, c'est une donation. De même, ce ne serait pas un louage si je convenais avec vous que vous jouirez de ma maison gratuitement, pendant un voyage que je me propose de faire en pays étranger, ce serait un contrat de bienfaisance; comme, *vice versa*, ce ne serait point un contrat de commodat si je convenais avec vous que vous vous servirez de mon cheval pendant un mois moyennant trois francs par jour; ce serait un louage.

Ainsi, il y a des choses essentielles à tout contrat quelconque, et d'autres qui le sont à certains contrats seulement : l'absence des premières, ou de l'une d'elles, fait qu'il n'y a pas de contrat valable; l'absence des autres fait qu'il n'y a pas tel contrat, mais n'empêche pas que tel autre contrat ne subsiste.

99. Les choses de la *nature* d'un contrat sont celles que la loi, par une raisonnable interprétation de la volonté des contractants, a fait résulter elle-même de leur convention principale; ce sont les effets ordinaires des conventions, ceux qui résultent du droit commun, sans stipulation particulière des contractants, mais que l'on peut exclure du contrat par une convention. Ainsi, la garantie, en cas d'éviction, est due par le vendeur à l'acheteur, sans qu'il y ait besoin d'une convention spéciale à cet égard; elle est de droit (art. 1626) (1), parce que l'acheteur n'entend payer le prix que pour jouir de la chose.

100. Mais on peut exclure cette garantie par une convention particulière (art. 1627) (2), et cette exclusion est alors une chose accidentelle au contrat de vente.

Pareillement, l'acheteur d'une chose qui ne produit point de fruit ne doit, de droit commun, les intérêts du prix de la vente qu'à compter du jour de la sommation qui lui est faite de payer (art. 1652) (3), mais on peut, par une convention, déroger à ce principe, et faire courir les intérêts à partir de la vente. (*Ibid.*)

On voit par là que les choses *accidentelles* aux contrats sont celles qui dérogent, au contraire, au droit commun, soit pour en étendre les effets, soit pour les restreindre. Telles sont les conventions dont nous venons de parler, le pacte de rachat, les conditions en général, ainsi que toutes les stipulations particulières que les parties ajoutent à celle par laquelle elles forment le contrat dont il s'agit, lequel pourrait très-bien subsister sans ces stipulations spéciales.

SECTION PREMIÈRE.

DU CONSENTEMENT.

SOMMAIRE.

101. *La base de tout contrat est le consentement des parties : il doit être mutuel, même dans les contrats unilatéraux.*

102. *Il doit être exempt d'erreur, de violence et de dol.*

103. *L'ivresse peut aussi faire obstacle au consentement.*

104. *Le consentement entaché de ces vices suffit*

(1) Code de Hollande, art. 1528.
(2) Ibid., art. 1529.
(3) Code de Hollande, art. 1531.

néanmoins pour former le contrat, sauf à la partie lésée à le faire annuler ou rescinder.
105. *Division de la section.*

101. La base de tout contrat est le consentement de ceux qui le forment. Ce consentement, comme nous l'avons dit, doit être mutuel, même dans les contrats unilatéraux, autrement il n'y aurait que proposition, offre, pollicitation, s'il venait de la part de celui qui voudrait s'obliger (1) ; et simple *dire, dictum* (2), s'il était particulier à celui qui voudrait qu'on s'obligeât envers lui.

102. Et, quoiqu'un consentement proprement dit ait été donné, ce consentement n'est cependant pas valable s'il n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence, ou surpris par dol. (Art. 1109) (3).

La loi, ainsi que la raison dont elle est l'organe, le veut libre et pur.

103. Et, bien que le Code ne parle pas de l'ivresse comme faisant obstacle à la validité du consentement, et qu'on ne puisse pas dire rigoureusement, d'après la définition qu'il donne de l'erreur, comme devant vicier le consentement, que le cas d'ivresse se trouve compris dans celui d'erreur, il n'est cependant pas douteux qu'un contrat fait dans un état d'ivresse portée au point de faire perdre entièrement la raison ne fût nul ; car, en cet état, la personne est incapable de juger les conséquences de l'acte qu'elle souscrit : il n'y a réellement pas de consentement, en tant que le consentement est la manifestation de ce que notre raison conçoit et approuve. Il en est de même d'un acte qui serait souscrit dans un accès de délire. Il y aura d'ailleurs presque toujours dol de la part de l'autre partie, à traiter avec une personne placée dans une telle situation.

104. Au surplus, l'on ne doit pas considérer le consentement entaché des vices d'erreur, de violence ou de dol, comme s'il n'existait pas, et dire en conséquence que le contrat est nul de droit comme s'il n'avait pas été formé ; au contraire, même dans ces cas il y a contrat ; seulement la partie qui s'est obligée par suite d'erreur, de violence ou de dol, peut demander l'annulation de son engagement, et, si elle le fait dans les délais fixés par la loi à cet effet, le contrat sera alors anéanti et réputé n'avoir jamais existé : « La convention contractée par erreur, violence « ou dol, porte l'article 1117 (4), n'est point « nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu « à une action en nullité ou rescision, dans les « cas et de la manière expliqués à la section 7 « du chapitre 5 du présent titre. »

En effet, il est besoin d'une instruction pour établir le vice dont on prétendrait que le consentement est infecté, et cette instruction ne peut avoir lieu qu'en justice.

Tandis que, lorsqu'il n'y a pas eu de consentement du tout, il n'y a pas de contrat, il n'y en a pas même l'apparence. Si l'on produisait contre moi un acte resté imparfait pour n'avoir pas été signé par moi, cet écrit ne pourrait être considéré que comme un projet de contrat, et non comme un contrat (5). Je n'aurais pas besoin d'agir en nullité ou en rescision dans un délai déterminé pour faire déclarer que cet écrit ne m'engage à rien : à quelque époque qu'on voulût me l'opposer pour me contraindre à en exécuter le contenu, je pourrais le repousser (6). En un mot, ce ne serait pas un contrat vicieux, et seulement annulable, ce serait absolument le néant.

105. La raison veut aussi que je ne sois point obligé par le consentement d'un tiers à qui je n'ai point donné de pouvoir de m'engager ; c'est mon consentement qui doit seul me soumettre à une obligation ; et les principes du droit, en sens inverse, ne m'autorisent pas à invoquer la convention faite par un autre sans mandat de ma part ;

(1) Pactum *est duorum consensus, atque conventio;* Pollicitatio *vero offerentis solius promissum.* L. 3, ff. *de Pollicit.*
(2) L. 19, § 1, ff. *de Ædilit. edict.*
(3) Code de Hollande, art. 1357.
(4) Ibid., art. 1485.
(5) Il est toutefois des cas où l'écriture seule a effet sans la signature (art. 1331 et 1332) ; mais celui dont nous parlons n'est point de ce nombre.

(6) En serait-il de même d'un contrat entaché d'erreur, de violence ou de dol, ou annulable ou rescindable pour cause d'incapacité de l'obligé ? la voie d'exception serait-elle encore ouverte après les dix ans ? la maxime : *Quæ temporaria sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum,* est-elle applicable dans le droit français ? l'est-elle du moins sous le Code ? l'est-elle dans tous les cas ? C'est ce que nous examinerons en traitant des actions en nullité ou en rescision.

car elle n'est pas non plus le résultat de mon consentement.

Nous aurons donc à voir, en ce qui concerne le consentement :

1° Les cas d'erreur ;

2° De violence ou de crainte ;

3° De dol ;

4° Et de lésion, qui, dans certains actes, ou à l'égard de certaines personnes, rend aussi les contrats rescindables ;

5° De la promesse qu'un tiers donnera ou fera ;

6° De la stipulation au profit d'un tiers ;

7° Enfin, de l'effet des conventions par rapport aux héritiers ou ayants cause des contractants.

§ Ier.

De l'erreur.

SOMMAIRE.

106. *En quoi consiste l'erreur; en quoi elle diffère de l'ignorance.*

107. *Elle peut être de fait ou de droit; elle peut être* erreur commune *ou sur un fait ou sur le droit.*

108. *Sur quoi, dans les conventions, peut tomber l'erreur.*

109. *Quand, d'après l'art* 1110 *du Code, est-elle une cause de nullité de la convention?*

110. *L'erreur dans le simple* motif *particulier qui a porté l'une des parties à contracter, quand d'ailleurs l'engagement a sa cause obligatoire dans la nature même de la convention, n'entraîne point la nullité du contrat.*

111. *Il en est autrement de l'erreur qui tombe sur la* cause *proprement dite du contrat.*

112. *Renvoi quant à l'erreur sur la cause d'une donation ou d'un legs.*

113. *Dans les contrats synallagmatiques, l'erreur sur l'objet de l'obligation de l'une des parties, tombe par cela même sur la cause de l'obligation de l'autre.*

114. *L'erreur sur l'objet est toujours erreur sur la substance de la chose;* sed non vice versa. *Ce qu'on entend par* substance.

115. *L'erreur sur le* nom *de l'objet est indifférente.*

116. *L'erreur qui tombe sur la* qualité *de l'objet n'est une cause de nullité que lorsque la mauvaise qualité est l'effet d'un vice caché; distinctions à cet égard.*

117. *L'erreur sur la* valeur *de la chose constitue la lésion; renvoi.*

118. *L'erreur sur la* nature *de l'affaire vicie le contrat.*

119. *Dans les mariages, dans les transactions, et dans certains contrats de louage d'ouvrage, l'erreur qui tombe sur la* personne *même avec qui l'on a contracté vicie le contrat.*

120. *Cette erreur vicie généralement les donations et les legs.*

121. *Il en est de même, dans la plupart des cas, en matière de société.*

122. Secus *dans les louages d'ouvrages ordinaires.*

123. *Et généralement dans les louages de choses et dans les ventes : c'est au surplus un point à décider d'après les circonstances de la cause.*

124. *Mais dans le mariage et dans les transactions, dès qu'il est reconnu en fait qu'il y a erreur sur la personne, le juge ne peut s'empêcher de prononcer la nullité.*

125. *En général, l'erreur sur le* nom de la personne *est indifférente.*

126. *L'erreur sur la* qualité de la personne *est une cause de nullité, lorsque le contrat n'a eu lieu qu'en considération de cette qualité supposée.*

127. *Quant à l'erreur de droit, le Code ne contient que deux dispositions;* quid *de l'obligation ou du payement qui n'a pas d'autre cause qu'une erreur de droit? L'obligation est nulle, et le payement est sujet à répétition.*

128. *Suite, et discussion en ce qui concerne le payement.*

129. *S'il y avait une cause fondée sur l'équité, la répétition n'aurait pas lieu.*

130. *Ce qui a été payé* transactionis causa, *quoique par erreur, ne peut être répété.*

131. *L'action en recouvrement des immeubles vendus ou cédés par suite d'erreur, a-t-elle lieu contre les tiers après l'annulation du contrat avec la partie contractante?*

106. En général, l'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux, ou à croire faux ce qui est vrai ; à supposer une chose qui n'existe pas, ou qui n'est pas celle que l'on croit exister. Elle est contraire au consentement lorsqu'elle tombe sur quelque chose d'essentiel au contrat : *Nihil tam contrarium consensui quam error.* L. 15, ff. *de Juridict.*

Elle n'est pas absolument la même chose que l'*ignorance*, qui consiste seulement à ne pas savoir telle ou telle chose ; mais elle se confond souvent avec elle, en ce que l'ignorance d'un fait ou d'une chose peut donner lieu de supposer

qu'une autre chose existe ; et l'erreur de droit n'est rien autre chose que l'ignorance de la loi. Aussi, dans le droit romain, la matière est-elle traitée sous ce titre, *de Juris et facti ignorantia*.

107. Ainsi, l'erreur peut être ou de *fait* ou de *droit*. Elle est aussi quelquefois *erreur commune;* et celle-ci peut tomber sur un fait ou sur le droit. Elle tombe sur un fait, par exemple, si Paul Dupré ayant été nommé par ordonnance royale notaire en telle résidence, son frère, Jean Dupré, prête serment, et exerce publiquement les fonctions de notaire à sa place, et lorsque généralement on croit que c'est lui qui a été pourvu du titre. C'était une erreur commune de droit que celle qui, avant l'avis du conseil d'État du 2 juillet 1807, attribuait un caractère public aux secrétaires des mairies, et le pouvoir de donner par leur signature l'authenticité aux extraits des registres de l'état civil (1).

108. Relativement aux conventions, l'erreur peut tomber, ou sur le motif particulier qui a porté l'une des parties à contracter ;

Ou sur la cause principale et légale de l'engagement ;

Ou sur le corps même de l'objet ou la chose intellectuelle qui fait la matière de la convention ;

Ou bien sur la substance de cet objet ;

Ou seulement sur ses qualités ;

Ou sur sa valeur;

Ou sur la nature de l'affaire ;

Ou sur la personne avec laquelle on a intention de contracter ;

Ou sur son nom ;

Ou sur la qualité de cette personne.

Et l'ignorance de la loi ou l'erreur de droit peut avoir donné lieu à une obligation, à un payement, à une transaction, à un aveu judiciaire, à un acquiescement, etc., etc.

109. Le Code pose en principe, « que l'erreur « n'est une cause de nullité de la convention que « lorsqu'elle tombe *sur la substance même* « *de la chose* qui en est l'objet ; qu'elle n'est « point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe « que sur la personne avec laquelle on a inten- « tion de contracter (2), à moins que la considé- « ration de la personne ne soit la cause princi- « pale du contrat. » (Art. 1110) (3).

Parcourons rapidement les différents cas où il peut y avoir erreur, pour connaître ceux dans lesquels elle est une cause de nullité.

110. Lorsque l'erreur ne tombe que sur le *motif* particulier qui a porté une personne à contracter, et que l'obligation a d'ailleurs une cause suffisante dans ce que l'autre partie doit donner ou faire de son côté, l'erreur n'entraîne point la nullité de l'engagement. Par exemple, si, sur l'avis qui m'a été donné que mon cheval a été volé à ma campagne, j'en ai acheté un autre pour le remplacer, et ensuite que j'aie recouvré celui qui m'avait été volé, c'est bien l'erreur dans laquelle j'étais sur la perte de mon cheval qui a réellement été le *motif* particulier de cet achat, mais cette erreur ne suffit cependant pas pour m'autoriser à rendre le cheval que j'ai acheté, ni même à me refuser de le recevoir et d'en payer le prix. L'engagement, dans ce cas, a une *cause*, et une cause licite, parce que dans les contrats synallagmatiques, comme la vente, la cause de l'obligation de l'une des parties se trouve dans l'objet que l'autre doit lui livrer de son côté ou faire pour elle ; et la loi, en général, n'exige pas comme condition essentielle de la validité des conventions, que les parties ne soient point dans l'erreur sur les motifs personnels qui les portent à contracter ; car bien souvent ces motifs sont erronés ; mille circonstances peuvent nous abuser, sans parler des erreurs particulières de notre jugement. Elle exige seulement que l'engagement ait une cause licite ; or, dans l'espèce, mon obligation de payer le prix du cheval qui m'a été vendu a une cause licite ; cette cause réside tout entière dans l'obligation du vendeur de me livrer ce cheval. S'il remplit son engagement, je dois donc remplir le mien, nonobstant l'erreur sur le motif qui m'a porté à faire cet achat, car ce n'est là qu'une erreur sur une circonstance extrinsèque et tout à fait indépendante du contrat ; ce n'est pas la *cause efficiente* de l'obligation, celle qui

(1) Favard de Langlade, *Répert. de Législation*, vº *Erreur*, nº 1.

(2) Il serait plus exact de dire : *Lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a contracté*... — (3) Code de Hollande, art. 1358.

est nécessaire pour sa validité, pour former le lien de droit ; c'est une simple cause *impulsive*, en un mot, un motif particulier, qu'il n'est pas même nécessaire que l'autre partie connaisse, et qu'on prend même soin ordinairement de lui cacher.

111. Mais lorsque l'erreur tombe sur la *cause* de l'engagement, elle le rend nul, parce qu'alors la cause est fausse (art. 1131) (1) ; et l'obligé, dans ce cas, peut opposer, tout à la fois, l'erreur dans le consentement et le défaut de cause dans l'obligation. Ainsi, croyant vous devoir quatre mesures de terre, en vertu du testament de Paul, dont je suis héritier, je me suis obligé à vous payer, à la place du legs, la somme de deux mille francs dans un an ; mais ce testament se trouvait révoqué par un autre dont j'ignorais l'existence au moment où j'ai consenti cette obligation ; il est clair qu'elle n'est que le résultat de l'erreur, et qu'elle est fondée sur une fausse cause ; ce qui, dans l'espèce, est la même chose qu'une obligation sans cause ; car ce n'est pas, comme il arrive quelquefois, une cause faussement exprimée dans l'acte, à la place d'une réelle, que les contractants, par des raisons particulières, ont voulu taire ; aucune cause n'existe réellement, et l'engagement n'a été que la suite d'une erreur. Il est donc nul.

112. Quant à la donation entre-vifs et au legs faits d'après une cause reconnue fausse, *voyez* ce que nous avons dit au tome VIII, nos 546 et suivants ; et au tome IX, nos 337 et suivants, et n° 345, où nous décidons la question par des distinctions.

Voy. aussi un arrêt de rejet, du 13 juin 1826 (2), dans l'espèce duquel l'erreur du donateur était tombée sur la *qualité* du donataire, que le premier croyait enfant légitime et son neveu, tandis que cet enfant s'est trouvé n'être qu'un bâtard adultérin. La donation a été annulée.

113. Dans les contrats synallagmatiques, l'erreur qui tombe sur *l'objet* de l'obligation de l'une des parties, tombe, par cela même, sur la *cause* de l'obligation de l'autre, et rend par conséquent le contrat nul sous l'un comme sous l'autre rapport. Par exemple, si vous croyez me vendre tel cheval, quand je pense acheter tel autre cheval, il est clair qu'il y a tout à la fois erreur sur l'objet de votre obligation et en même temps erreur sur la cause de la mienne ; car je n'ai entendu la contracter que pour avoir tel cheval, et non tel autre cheval (3).

Dans ce cas, où l'erreur tombe sur le *corps* même de l'objet qui fait la matière de la convention, il n'y a pas de difficulté à décider que le contrat est nul, pourvu que l'erreur soit bien établie par celui qui en argumente ; et à cet égard, les circonstances du fait peuvent éclairer le juge. Dans le doute, il se prononcera contre le vendeur, parce que celui-ci est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige : aussi tout pacte obscur, ou ambigu, s'interprète-t-il contre lui. (Art. 1602) (4). Mais dès qu'il y a erreur, le contrat doit être annulé, lors même que le vendeur prétendrait que l'objet qu'il a entendu vendre vaut plus que celui que l'acheteur a entendu acheter, et qu'il vaudrait en effet davantage, car ce n'est point celui qui a été acheté ; le consentement de l'acheteur n'a pas été donné pour cet objet. D'ailleurs, les corps certains ont souvent un prix d'affection qui ne se rencontre pas dans un autre objet, quoique de même espèce.

114. L'erreur sur l'objet tombe nécessairement sur la *substance* même de la chose qui fait la matière de l'obligation ; mais, n'y a-t-il que celle-là qui soit erreur sur la *substance*, dans l'esprit de l'article 1110 ?

Dans le langage philosophique, on entend par *substance*, un être qui *subsiste* par lui même, à la différence de *l'accident*, qui ne subsiste qu'autant qu'il est adhérent à un sujet ; et, sous ce rapport, la *substance* serait l'être lui-même, ou l'objet. Mais, en droit, ce mot a différentes acceptions, selon les divers cas. Ainsi, tantôt la *substance* est tout à la fois la forme et la matière, de sorte que si la forme change, la substance est pour ainsi dire détruite. C'est en ce sens qu'Ulpien emploie cette expression dans la loi 9, § 3 ff. *Ad exhibendum*.

(1) Code de Hollande, art. 1371.

(2) Sirey, 26, 1, 400.

(3) *Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.* L. 9, *princip.* ff. *de Contrah. empt.*

(4) Code de Hollande, art. 1509.

dum, où il dit que celui qui a fondu, sans mon aveu, un vase de métal qui m'appartenait, est tenu de l'action *ad exhibendum*, quoiqu'il représentât la matière : *Etenim, mutata forma, prope interemit substantiam rei.*

Aussi, suivant le jurisconsulte Paul, dans la loi 18, § *penult.*, ff *de Pignerat. act.*, la diversité de forme fait-elle que l'objet est censé être une autre chose, quoique ce soit la même matière ; de là : *Legatum non durat quod in sua specie non permanet.* L. 6, § 1, *in fine*, ff. *de Auro legato.*

Tandis que, lorsque la forme est conservée, *res eadem existimatur*, quique la matière ait été totalement changée, comme un navire qui a été fréquemment radoubé (1).

Mais dans les contrats, généralement la *substance* de la chose s'entend aussi de la matière dont cette chose est formée : en sorte que l'erreur sur la matière, quoiqu'elle ne tombe pas sur l'objet lui-même, sur le corps, vicie néanmoins le consentement, et s'oppose, en conséquence, à la validité du contrat.

Ainsi, lorsque, croyant acheter des flambeaux d'or, l'on me vend des flambeaux de cuivre doré, il y a erreur sur la *substance*, quoique ce soit bien les mêmes objets que j'ai entendu acheter. Je ne me suis pas trompé sur le corps, mais je suis tombé dans l'erreur sur la substance de ce corps, sur la matière. Je croyais acheter des flambeaux d'or, et non des flambeaux de cuivre. Il y a donc une erreur qui vicie mon consentement, et qui rend le contrat nul (2).

Et pour qu'il y ait lieu à la nullité, il n'est pas nécessaire que celui qui m'a vendu ces flambeaux m'ait trompé sur la matière, il suffit qu'il y ait eu erreur de ma part ; à plus forte raison si à cette circonstance s'est joint le dol du vendeur, ce qui, en pareil cas, a dû facilement arriver, et ce qui est même à croire si c'était un marchand d'objets de cette espèce qui m'eût vendu ces flambeaux, et qu'il m'eût déclaré qu'ils étaient d'or. Le prix et les autres circonstances de l'affaire pourraient, au reste, éclairer le juge sur le fait d'erreur prétendue.

Mais si les flambeaux étaient d'or, la vente serait valable quoiqu'ils fussent d'une matière inférieure en qualité à celle que je croyais en les achetant ; car ici l'erreur ne tomberait que sur la qualité de la matière et non sur la matière elle-même (3) ; sauf toutefois mon indemnité, et même dans beaucoup de cas la résiliation du contrat, si le vendeur m'avait trompé sur le titre de l'or, et que la différence fût considérable.

115. L'erreur qui ne tombe que sur le nom de l'objet ne donne pas lieu à la nullité. *Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio quin valeat emptio et venditio ; nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.* L. 9, § 1, ff. *de Contrah. empt.*

116. Celle qui ne tombe que sur la *qualité* de la chose ne donne pas lieu, en général, à l'annulation du contrat ; mais si la mauvaise qualité dégénère en *vices*, alors il faut distinguer :

Si ces vices sont apparents et que l'acheteur ait pu s'en convaincre lui-même, il ne peut se plaindre de l'erreur dans laquelle il prétendrait être tombé sur la qualité de la chose (art. 1642) (4), et lors même que le vendeur, comme cela arrive communément, lui aurait dit que ces vices étaient sans conséquence, l'acheteur ne pourrait réclamer, à moins toutefois que le vendeur ne se fût spécialement rendu garant des vices (5).

Mais si les vices sont cachés, et s'ils rendent la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise si ces vices lui avaient été connus, il y a lieu à la résiliation du contrat, ou à une diminution de prix, au choix

(1) *Voyez*, au surplus, ce que nous avons dit au sujet de la *substance*, en parlant de la *spécification*, tome IV, nos 448 et suivants ; de l'*usufruit*, même volume, nos 678 *et sequent.*; et de la *révocation des legs*, tome précédent, no 464.

(2) *Autem, nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur.* L. 9 *in fine*, et L. 14 ff. *de Contrah. empt.*

Dans les stipulations du droit romain, l'erreur sur l'objet, *in corpus*, viciait bien le contrat, mais l'erreur qui tombait seulement sur la *matière* ne le viciait pas, sauf les dommages-intérêts du créancier, si le débiteur l'avait trompé sciemment. L. 22 ff. *de Verb. oblig.*

La raison de différence, quant à ce point, entre la stipulation et la vente, c'est que la première étant un contrat unilatéral, dans lequel, par conséquent, le créancier n'avait rien à donner ni à faire, il lui importait encore d'avoir l'objet, quoique la matière n'en fût pas telle qu'il la croyait ; au lieu que dans la vente, comme l'acheteur doit payer le prix, il vaut mieux pour lui, lorsqu'il est tombé dans l'erreur sur la matière, que la vente soit nulle.

(3) L. 10, ff. *de Contrah. empt.*

(4) Code de Hollande, art. 1541.

(5) L. 19, *princip.* ff. *de Ædil. edict.*

de l'acheteur (art. 1641 et 1644 combinés) (1), quand même le vendeur les aurait ignorés, à moins, dans ce cas, qu'il n'ait stipulé qu'il ne serait tenu à aucune garantie. (Art. 1643) (2).

Les art. 1641 et 1644 rapprochés donnent même à l'acheteur le droit de faire résilier la vente dans le cas où les vices cachés ne l'auraient pas empêché d'acheter, mais seulement d'en donner le même prix ; ce qui ne paraît pas raisonnable, car l'acheteur devrait seulement pouvoir, en ce cas, demander une diminution du prix. Ce n'est pas, au surplus, le moment de discuter ce point.

Ces dispositions s'appliquent aussi au contrat d'échange (art. 1707) (3), et elles s'appliqueraient également aux autres contrats synallagmatiques dans lesquels l'une des parties transférerait la propriété d'une chose à l'autre pour que celle-ci fît quelque chose pour elle.

Les vices dont nous venons de parler s'appellent *rédhibitoires,* parce qu'ils donnent à l'acheteur le droit de forcer le vendeur à *reprendre* (4) la chose.

L'action qui en résulte doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite. (Art. 1648) (5).

Mais cette action n'a pas lieu dans les ventes faites d'autorité de justice. (Art. 1949) (6).

Et elle n'a lieu que dans les ventes de choses corporelles ; aussi l'édit des Édiles, dont les décisions sont reproduites en principe dans les art. 1641 et suivants du Code civil, ne s'appliquait-il qu'aux choses de cette espèce. Quant aux droits, ou choses incorporelles, on observe les règles tracées aux art. 1693 et suivants. En sorte que l'erreur dans laquelle l'acheteur ou cessionnaire d'une créance serait tombé touchant la solvabilité du débiteur, ne l'autoriserait point à demander la résiliation du contrat.

Néanmoins, dans le cas de délégation, l'erreur dans laquelle était le créancier sur l'état de faillite ou de déconfiture du délégué au moment de la délégation, lui donne le droit de recourir contre le débiteur qu'il a déchargé. (Art. 1276) (7). Et il y a peut-être aussi quelques autres cas dans lesquels l'erreur sur la solvabilité actuelle de la personne sur laquelle on accepte un droit ou créance, peut donner lieu à un recours, ou même à la résiliation du contrat. Nous parlerons de ces cas à mesure qu'ils se présenteront.

117. Lorsque l'erreur tombe seulement sur la valeur de la chose, elle constitue ce qu'on nomme la *lésion*. Nous en parlerons plus bas.

118. Quand elle tombe sur la *nature* de l'affaire, par exemple, lorsque je crois acheter et que vous croyez seulement louer ou prêter, il n'y a pas de consentement, pas de contrat, quoique d'ailleurs il y ait accord sur la chose. Mais l'on sent qu'on ne pourrait se prévaloir d'une expression qui se serait glissée dans l'acte et qui ne conviendrait pas à l'ensemble de l'affaire, pour prétendre qu'il y a eu erreur, que c'est un achat et non un louage, *aut vice versa,* que l'on a entendu former. Il faudrait que l'erreur fût démontrée par la teneur générale des dispositions de l'acte et par les circonstances de l'affaire, par exemple, par les propositions qui auraient été faites de part ou d'autre avant le traité, et surtout par l'importance relative du prix.

119. Lorsque l'erreur tombe sur la *personne* avec laquelle on a contracté, elle n'est une cause de nullité, avons-nous dit, qu'autant que la convention n'a eu lieu qu'en considération d'une autre personne avec laquelle on croyait traiter. (Art. 1110.)

L'erreur sur la personne dans le mariage et dans les transactions vicie le contrat. (Art. 180 et 2053) (8).

Elle vicie aussi le contrat dans d'autres cas, comme lorsque pour un ouvrage d'art qui exige un talent particulier, et que l'on croit traiter avec telle personne, on se trouve avoir traité avec une autre, de même nom, ou d'un nom différent, n'importe. Par exemple, si, croyant

(1) Code de Hollande, art. 1540 et 1543.
(2) Ibid., art. 1542.
(3) Ibid., art. 1382.
(4) *Redhibitio dicta est quasi redditio :* Ulpien, dans la loi 21 ff. *de Ædil. edict.*
(5) Code de Hollande, art. 1547.
(6) Ibid., art. 1548.
(7) Ibid., art. 1434.
(8) Ibid., art. 142, § 1 et 2, et 1896.

traiter avec Paul, qui est habile architecte ou peintre, pour me faire le plan d'un hôtel ou un tableau, je me trouve, par un concours de circonstances qui m'ont induit en erreur, avoir traité avec une autre personne que celle que j'avais en vue, dans ce cas, et autres semblables, le contrat est nul, si je parviens à établir clairement que je me suis trompé sur la personne avec laquelle j'ai traité, eût-elle autant et plus de talent que celle avec laquelle je croyais le faire; car le talent des artistes a un prix d'affection qui est ordinairement la cause principale des contrats que l'on fait avec eux pour les objets de leur art.

120. On doit décider la même chose dans les donations quand l'erreur tombe sur la personne du donataire; car les donations sont généralement faites en considération de la personne gratifiée. On considère le plus souvent la parenté ou d'autres liaisons, ou on a égard à des services rendus, ou l'on veut s'attacher quelqu'un par la reconnaissance et l'amitié : la bienveillance est généralement déterminée par de tels motifs, et en cela elle diffère de la charité, qui s'exerce pour le plaisir d'être utile à ses semblables, et pour accomplir les devoirs de la religion et les préceptes de l'humanité. L'erreur sur la personne du donataire est donc une cause de nullité ; et il en est de même de l'erreur sur la personne du légataire, ainsi que de celle qui tombe sur les qualités du donataire ou du légataire, lorsque ces qualités ont déterminé la donation ou le legs. Mais ces cas rentrent dans celui de l'erreur sur la *cause*, dont nous avons parlé, *supra*, nº 112.

121. Il y a également erreur de nature à vicier le contrat, du moins en général, lorsque, croyant faire un contrat de société avec telle personne, je traite avec une autre; car aussi dans le choix d'un associé la considération de la personne est ordinairement la cause principale du contrat : on considère en effet sa bonne conduite et sa probité, sa réputation et son crédit, son industrie et sa fortune. Mais ces considérations sont ordinairement moins importantes dans les sociétés dites *en participation ;* aussi, l'erreur sur la personne avec laquelle on aurait formé un contrat de cette espèce ne serait-elle pas ordinairement une cause suffisante pour le faire annuler ; cela dépendrait beaucoup des circonstances de l'affaire.

122. Et dans les louages d'ouvrage où le talent particulier de la personne n'est point ce qui porte principalement à traiter avec elle, parce que l'ouvrage peut être tout aussi bien fait par un autre individu, l'erreur sur la personne avec laquelle on a traité n'est point une raison suffisante pour annuler le contrat. Par exemple, lorsque, croyant faire marché avec Paul, voiturier, pour me conduire cent voitures de terreau dans ma vigne, je me trouve avoir traité avec Jean, qui peut tout aussi bien exécuter le marché, je ne puis prétexter de mon erreur pour le faire annuler, car je n'ai pas d'intérêt à me plaindre. Le Code, en décidant (art. 1237) (1) que l'obligation de faire quelque chose ne peut être acquittée par un tiers, contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même, suppose par là qu'il est des cas où, dans ces sortes d'obligations, par conséquent dans les louages d'ouvrage, le créancier n'a pas cet intérêt. Dans ces mêmes cas, l'erreur sur la personne avec laquelle on a traité ne serait donc point une cause de nullité, parce qu'elle n'a point été la cause principale de la convention.

123. Et généralement dans le louage des choses, dans les achats et les ventes, l'erreur dans laquelle on serait tombé sur la *personne* avec laquelle on a traité n'annulerait point non plus le contrat, surtout si cette personne fournissait les sûretés sans lesquelles on peut raisonnablement supposer que l'autre partie n'aurait point traité avec elle, si elle n'eût pas été dans l'erreur. De semblables cas, au reste, sont abandonnés à la prudence du juge, qui se déciderait d'après toutes les circonstances de l'affaire, et surtout d'après le plus ou moins de bonne foi de la personne à l'égard de laquelle on est tombé dans l'erreur; car, dans ces cas, c'est uniquement un point de fait à décider, que de savoir si la considération de la personne avec laquelle on a eu l'intention de contracter a été ou non la cause principale de la convention faite avec une autre.

(1) Code de Hollande, art. 1419.

124. Mais le magistrat n'a pas ce pouvoir discrétionnaire dans le cas de mariage, ni dans celui de transaction. Dès qu'il y a eu erreur sur la personne (1), et que cette erreur est établie en fait, qu'il l'a reconnue, il ne peut plus se dispenser de prononcer la nullité, parce que dans ces cas la loi la prononce elle-même. (Art. 180 et 2053.) Les dispositions de la loi seraient donc ouvertement violées si le juge décidait que la considération de la personne n'a pas été, dans ces cas, la cause principale du contrat, et si, en conséquence, il le maintenait comme valable : sa décision serait nécessairement réformée par la cour suprême, si elle lui était déférée. Son pouvoir, dans ces mêmes cas, se borne à voir s'il y a eu, ou non, erreur dans la personne; et la solution affirmative de cette question de fait entraîne la solution de celle de droit, que le contrat est nul.

125. Quant à l'erreur sur le *nom* de la personne avec laquelle on a traité, lorsque, d'ailleurs, il n'y a point d'erreur sur la personne elle-même, il est clair qu'elle n'est point un motif d'annuler le contrat.

126. Mais l'erreur sur la *qualité* de la personne est une cause de nullité lorsque c'est en considération de cette qualité que le contrat a eu lieu. Ainsi, je fais avec Paul, que je crois héritier de Pierre, et qui ne l'est pas, qui a seulement usurpé le titre d'héritier, une transaction sur une difficulté qui existait entre Pierre et moi : il n'y a pas erreur sur la *personne*, car c'est bien avec Paul que je croyais traiter ; mais il y a erreur sur la *qualité* à raison de laquelle je voulais traiter avec lui. La transaction pèche, dès lors, par défaut de cause, non pas à la vérité d'une manière absolue, mais d'une manière relative, puisque ce n'était point avec Paul que j'avais à traiter au sujet de cette difficulté ; et le véritable héritier ne pourra même invoquer cette transaction, ni je ne pourrai la lui opposer, car je n'ai pas traité avec lui. Les conventions, en général, sont sans effet à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties. (Art. 1119) (2). Telle est, sur ces points, la décision de la loi 3, § 2, ff. *de Transactionibus*.

Au tome VII, nos 553 à 558, nous donnons l'exemple d'un cas analogue, où l'erreur tombe pareillement sur la *qualité* de la personne avec laquelle on a fait l'acte, plutôt que sur la personne elle-même, et où elle rend nul ce qui a été fait, quand même ce serait par erreur de droit ; tellement que la partie qui a erré a purement et simplement l'action en revendication ou en répétition des objets qu'elle a relâchés, sans être obligée, selon nous du moins, d'agir en rescision de l'acte dans les dix ans : c'est le cas où j'ai partagé une hérédité avec un individu, le croyant mon cohéritier, tandis qu'il était étranger à la succession. Dans ce cas, ce qui a été fait est nul, comme fait sans cause, ou d'après une cause fausse, ce qui revient au même ; car il ne peut y avoir de partage d'hérédité qu'entre cohéritiers, ainsi que le fait observer le jurisconsulte Paul dans la loi 36, ff. *Familiæ erciscundæ* (3).

127. Le Code contient seulement deux dispositions relatives à l'erreur de droit : l'une est celle de l'article 1356 (4), qui porte que l'aveu judiciaire ne peut être rétracté sous prétexte d'erreur de droit, mais seulement pour erreur de fait.

L'autre est celle de l'art. 2052 (5), suivant lequel les transactions, ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, et ne peuvent être attaquées pour cause de lésion, ni pour cause d'erreur de droit.

Mais le Code ne décide pas formellement si l'obligation qui n'a aucune cause légitime ou naturelle, et qui n'a été consentie que par erreur de droit, est valable ; et si le payement, qui n'en a été fait que par suite d'une erreur de cette nature, peut ou non être répété.

On peut faire ainsi l'exemple de l'une et l'autre questions. Le débiteur d'un corps certain, *puta* de tel cheval, qui est venu à périr par cas purement fortuit, et avant toute mise en demeure,

(1) *Voyez* au tome II, nos 55 et suivants, ce que nous avons dit sur la nullité du mariage pour cause d'erreur dans la personne, et ce qu'on doit entendre par *erreur dans la personne*.

(2) Code de Hollande, art. 1351.

(3) *Voy.* aussi *infrà*, no 128, où nous citons un arrêt de la cour de Besançon, que nous combattons toutefois sous un rapport.

(4) Code de Hollande, art. 1961, 1962 et 1963.

(5) Ibid., art. 1895.

s'est obligé, dans l'ignorance de la loi qui le libérait (art. 1234 et 1302) (1), à payer au créancier la somme de trois cents francs à la place du cheval, ou lui a payé cette somme.

Ou bien encore, l'un des héritiers du débiteur d'une somme de..., ignorant la disposition de la loi qui divise les dettes entre les héritiers dans la proportion de la part héréditaire de chacun d'eux (art. 1220) (2), s'est obligé envers le créancier à lui payer toute la dette, ou la lui a effectivement payée.

Il est d'ailleurs parfaitement établi, par toutes les circonstances du fait et la qualité du débiteur, homme rustique et tout à fait étranger à la science du droit, que c'est par pure ignorance de la loi qu'il a consenti l'obligation ou payé la somme; qu'aucune raison particulière n'a pu le porter à s'obliger ou à payer, si ce n'est qu'il s'est cru mal à propos tenu au payement du cheval, ou au payement de la totalité de la dette; en un mot, l'obligation ou le payement n'a eu d'autre cause qu'une erreur de droit.

On a prétendu (3) que, dans ces cas, il y a obligation valable; et, suivant la même doctrine, le payement qui aurait été fait, à plus forte raison, ne serait pas sujet à répétition; car la répétition, en général, est encore plus difficilement accordée que l'exception pour se refuser à payer.

On fonde cette opinion sur ce que, d'après le Code, les transactions ne peuvent être rescindées pour causse d'erreur de droit, et l'aveu judiciaire être rétracté pour erreur de cette nature.

Mais ce que décide le Code à l'égard de l'aveu judiciaire et des transactions ne saurait fournir aucun appui à cette opinion; au contraire, puisque ses dispositions à ce sujet seraient superflues, inutiles, si, d'après l'art. 1110, la règle générale n'était pas que, sous le Code, l'erreur de droit peut être invoquée comme l'erreur de fait, quand les engagements ou les payements n'ont aucune cause fondée en droit ou en équité.

D'ailleurs, il y a une si grande différence entre les cas de l'aveu ou de la transaction fait ou consenti par erreur de droit, et une obligation ou un payement qui n'a point d'autre cause qu'une erreur de cette nature, qu'il suffit de la signaler, pour démontrer qu'on ne doit pas tirer argument de ce qui est décidé sur ces cas, pour résoudre les autres.

En effet, que l'aveu ne puisse être rétracté sous le prétexte qu'il n'a été fait que par suite d'une erreur de droit, la raison en est toute simple : l'erreur ici ne détruit pas la vérité du fait avoué, puisqu'elle n'est qu'une ignorance de la loi, on le suppose; et cet aveu ne produit pas par lui-même une obligation à la charge de celui qui l'a fait, il établit seulement un fait relatif à une obligation déjà existante; il est uniquement une preuve d'un fait vrai, qui ne peut plus désormais être remis en question. Par exemple, si, au lieu d'opposer la prescription de six mois ou d'un an sur la demande en payement d'une fourniture qui m'a été faite, j'avoue avoir reçu la fourniture et ne l'avoir pas soldée, je ne puis ensuite revenir contre mon aveu et le rétracter, sous prétexte que j'ignorais la loi qui m'autorisait à invoquer la prescription, ainsi que la disposition de l'art. 2275 (4), qui ne permet pas à ceux qui ont reconnu la dette, de pouvoir opposer ce moyen de libération. Car comme cette prescription, dans ce cas, est uniquement fondée sur la présomption de payement, mon aveu a détruit cette présomption. Il n'y a donc aucune parité entre cet aveu et une obligation ou un payement qui n'a en réalité aucune cause, qui n'est fondée que sur une erreur de droit, parce qu'une erreur, quelle qu'elle soit, ne peut être une cause des engagements ou des payements, et qu'elle est d'ailleurs contraire au consentement (L. 15, ff. *de Jurisdictione*); double raison qui, d'après l'art. 1108 (5), s'oppose à la validité de la convention, puisque dans toute convention il faut le consentement et une cause. Or, dans les deux cas ci-dessus, l'obligation ou le payement sont réellement sans cause, et ils n'ont point été le résultat d'un consentement valable.

Et quant à la transaction, comme elle a pour objet de prévenir ou de terminer un procès, la partie qui l'a consentie croyant que la loi lui était contraire, lorsqu'elle lui était favorable, ou qui avait des doutes à cet égard, ne peut pas revenir contre un acte qui lui a procuré sa tranquillité,

(1) Code de Hollande, art. 1417 et 1480.

(2) Ibid., art. 1333.

(3) M. Delvincourt, dans son *Cours de Code civil*.

(4) Code de Hollande, art. 2010.

(5) Ibid., art. 1356.

et qui, sous ce rapport, avait une cause suffisante (1). D'ailleurs, tout ce qui est soumis à la décision des hommes étant incertain, cette partie a pu raisonnablement préférer ce que la transaction lui assurait, à ce que le premier acte lui promettait ou paraissait promettre. Il n'y a donc encore aucune parité entre la transaction faite par errreur de droit, et une obligation ou un payement qui n'a pas eu d'autre cause qu'une erreur de cette nature.

Pour s'en convaincre davantage, il suffit de consulter les principes et les décisions du droit romain sur ces différents cas. L'on verra, en effet, que l'aveu ne peut être révoqué sous le prétexte qu'il a été la suite d'une erreur de droit. La loi 2, ff. *de Confessis*, en contient la disposition expresse. L'on verra aussi que les transactions ne peuvent être attaquées pour ce motif (L. 23, Cod. *de Transac.*), et que ce qui a été payé *transactionis causa* ne peut être répété, lors même que le payement a eu lieu par suite d'une ignorance de la loi qui était favorable à celui qui a payé, tandis qu'il croyait qu'elle lui était contraire. L. 65, § 1, ff. *de Condict. indeb.*, et L. 6, *Cod. de Juris et facti ignor.*

Mais lorsqu'on arrivera aux engagements contractés par erreur, même de droit, aux payements de choses qui n'étaient pas dues, ni civilement ni naturellement, alors on verra que les engagements sont nuls, comme dépourvus de cause légitime, et que les payements sont sujets à répétition, comme faits mal à propos.

C'est ce que décide formellement Papinien dans les lois 7 et 8, ff. *de Juris et facti ignor.* : *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.*

Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest ; juris autem error nec faminis in compendiis prodest : cæterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.

Ainsi, suivant Papinien, l'erreur de *fait* ne nuit à personne, pas plus à ceux qui sont censés connaître le droit, qu'à ceux qui, dans la législation romaine, sont censés l'ignorer, comme les femmes, les mineurs de vingt-cinq ans, les militaires et les gens de la campagne. Celui qui est tombé dans une erreur de cette nature peut s'en faire relever, soit que, par là, il eût seulement manqué d'acquérir, soit qu'il eût fait une perte réelle, ou diminué son patrimoine.

Quant à l'erreur de *droit*, elle n'est point non plus, suivant ce jurisconsulte, un obstacle à qui que ce soit pour recouvrer ce que l'on a perdu par suite d'une telle erreur ; seulement, si l'on a manqué d'acquérir par ignorance du droit, l'on ne peut s'en plaindre.

De là, l'héritier qui, par ignorance du droit, avait payé des legs sans faire la retenue que la loi *Falcidia* l'autorisait à faire, ne pouvait répéter ce qu'il avait payé au delà de la mesure réglée par cette loi (2) ; car il n'avait manqué que de gagner. Tandis que si c'eût été par erreur de fait ou de calcul qu'il eût trop payé, il eût pu répéter l'excédant (3).

128. A la vérité, les docteurs, généralement d'accord qu'une obligation consentie sans cause, et uniquement par erreur de droit, est absolument nulle, ne sont pas également unanimes sur le point de savoir si ce qui a été payé par suite d'une telle erreur, sans qu'il y eût une obligation, au moins naturelle, est ou non sujet à répétition.

Vinnius, *ad Instit.* § 6, *de Oblig. quæ ex quasi cont. nasc.*, soutient l'affirmative, et son opinion a de nombreux partisans : notamment, le chancelier d'Aguesseau, qui a discuté la question au tome V de ses OEuvres, page 475, et les professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandect.* tit. *de Condict. indeb.*, qui la discutent également avec étendue.

Voet, au contraire, *ad Pandect.* tit. de *Condict. indeb.*, et Perez, *ad Codicem*, *cod. tit.* prétendent qu'il n'y a pas lieu à la répétition du payement. Ils se fondent principalement sur la loi 10, au Code, *de Juris et facti ignorantia*, qui porte effectivement que le payement fait par celui qui ignorait le droit, d'une somme qu'il ne devait pas, ne peut être répété ; à la différence du cas où ce payement aurait eu lieu par suite d'une erreur de fait : *Cum quis ignorans, indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per*

(1) *Voyez* l'arrêt de cassation du 22 juillet 1811. Sirey 1812, 1, 41, Denevers, tome X, pag. 1.

(2) L. 9, § 5, ff. *de Juris et facti ignor.*, et L. 9, *Cod. ad legem Falcidiam.*

(3) Même loi 9, *ad leg. Falcid.*

ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.

Mais cette loi est un simple rescrit, rendu sur une espèce qui n'est pas rapportée ; en sorte que tout porte à croire, comme l'observe Vinnius, qu'il y avait quelque obligation d'équité, comme celle de payer un legs ou un fidéicommis laissé d'une manière irrégulière, et que c'est ce qui a fait obstacle à la répétition. En effet, sans cela, les empereurs Constantin et Maximien, auteurs du rescrit, n'auraient pas pu dire, avec quelque raison, à celui à qui ils répondaient, qu'il savait bien que l'erreur de fait seulement, et non l'erreur de droit, donnait lieu à la répétition du payement fait indûment, puisque suivant la décision de Papinien, dans les lois 7 et 8 précitées, et qui formaient la règle générale, l'erreur de droit, au contraire, ne fait perdre à personne son bien, et dès lors, n'est point un obstacle à la répétition de ce qui a été payé sans cause.

La cour de Toulouse a jugé plusieurs fois, ainsi qu'elle nous l'apprend elle-même par son arrêt du 19 janvier 1824 (Sirey, 1824, II, 115), que, dans les principes du Code civil, l'erreur de droit peut, tout aussi bien que l'erreur de fait, être alléguée pour recouvrer ce que l'on a payé, ou relâché mal à propos à un autre, par suite de cette erreur. A plus forte raison, peut-elle être alléguée lorsqu'il s'agit simplement de se défendre d'acquitter une promesse qui n'en a pas d'autre cause que l'erreur.

La cour de Besançon a jugé dans le même sens, par son arrêt du 1er mars 1827. (Sirey, 27, II, 141) (1).

Enfin, la cour suprême a décidé la question, à ce qu'il paraît *in terminis*, par arrêt de cassation du 24 janvier 1827 (Sirey, 27,I,350), en jugeant que le payement qui n'a eu d'autre cause qu'une erreur de droit est réellement sans cause, et est sujet à répétition, tout aussi bien que s'il avait eu lieu par erreur de fait, attendu que les art. 1235 (2) et 1377 (3) ne distinguent pas quant à l'espèce d'erreur qui a eu lieu, ainsi que le font les art. 1356 et 2052.

Appliquant ces principes aux deux exemples donnés plus haut, il nous paraît démontré que l'obligation est nulle pour défaut de cause, et que le payement est sujet à répétition.

Le Code exige que toute obligation ait une cause, et soit contractée d'après un consentement libre et pur ; il annule donc celles qui sont sans cause ou sur une fausse cause. (Art. 1131). Or l'erreur dans laquelle est tombé celui qui s'est obligé, n'a pas donné une cause à son obligation, par cela seul que cette erreur était de droit; cela est impossible : l'obligation reste toujours sans cause.

Le Code autorise aussi la répétition de ce qui a été payé sans être dû, et il ne distingue point, à cet égard, entre le cas où le payement a eu lieu par erreur de droit, et le cas où il a eu lieu par erreur de fait, quoiqu'il fasse très-bien cette distinction en matière d'aveu judiciaire et de transaction ; seulement il s'oppose à ce que l'on répète ce qui a été volontairement payé en acquit d'une obligation naturelle (art. 1235 et 1376) (4); mais dans les cas supposés il n'y avait point d'obligation naturelle ; le débiteur du cheval était pleinement libéré par la perte de ce cheval, arri-

(1) Dans l'espèce, il s'agissait d'un partage auquel avaient été admis, par erreur de droit, des individus qui n'étaient point appelés par la loi, ni par volonté de l'homme à y figurer, des cousins germains du défunt avec sa tante, comme s'ils avaient eu le droit de représenter leur père, prédécédé. La cour a reconnu en principe que le partage était nul, mais elle s'est néanmoins déterminée à rejeter la demande par forme de fin de non-recevoir, tirée de ce que l'action en nullité ou en rescision n'avait pas été exercée dans les dix ans, à partir de la découverte de l'erreur. Sous ce rapport, la doctrine de la cour est en opposition avec celle que nous avons émise au tome VII, no 556, que nous rappelons *supra*, no 126, et où nous disons que, dans ce cas, il ne s'agit que d'une action *en répétition de ce qui a été relâché ou payé par erreur*, action qui dure le délai ordinaire, qu'on peut repousser ce prétendu acte de partage, qui n'en a que le nom, attendu qu'il ne saurait y avoir partage qu'entre cohéritiers.

Au surplus, la cour a décidé, comme nous l'avons fait au même volume, no 558, et ainsi que l'a jugé la cour suprême, par arrêt de cassation du 26 juillet 1823, cité au même endroit, que lorsque l'action en rescision pour cause d'erreur est intentée après les dix ans depuis l'acte, c'est au demandeur en rescision à prouver qu'il n'a connu l'erreur que depuis moins de dix ans, et, en conséquence qu'il est encore dans le délai utile pour agir; et c'est parce que, dans l'espèce, la demanderesse en rescision du partage ne justifiait pas qu'elle n'avait découvert l'erreur que depuis moins de dix ans, que la cour de Besançon a rejeté la demande, comme non recevable. En effet, le demandeur étant défendeur au moyen de prescription invoqué contre lui, il doit, par cela même, prouver son exception, c'est-à-dire le fait qui a empêché le délai de courir, suivant cette règle de droit : *Qui excipit, fit actor, et onus probandi incumbit ei qui dicit.*

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1397.

(4) Ibid., art. 1396.

vée par cas purement fortuit et avant qu'il fût en demeure de le livrer; l'héritier pour partie seulement ne devait pas les parts de ses cohéritiers dans la dette, et ce n'est point en connaissance de cause qu'il a voulu s'obliger à les payer par voie de novation : la novation ne se présume pas, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. (Art. 1273) (1). Cela est particulièrement vrai surtout lorsqu'on se charge de la dette d'un autre : aussi le simple cautionnement ne se présume-t-il pas. (Art. 2015) (2). D'ailleurs nous raisonnons dans la supposition d'une obligation ou d'un payement reconnu, d'après toutes les circonstances de la cause, avoir eu lieu uniquement par erreur de droit, et hors le cas de contestation ou de procès entre les parties ; car, si la perte du cheval avait donné lieu à une contestation sur la manière dont elle est arrivée, et que le débiteur, qui ne pouvait peut-être pas facilement justifier du cas fortuit, ou à qui le créancier reprochait de n'avoir pas apporté assez de soin à la conservation de la chose due, se fût obligé à payer ou eût payé une somme de..., pour être tenu quitte, nous admettons alors sans difficulté que l'obligation et le payement seraient très-valables, parce qu'évidemment ils auraient eu lieu *transactionis causa,* et auraient eu, en conséquence, une cause suffisante et légitime, celle de prévenir ou d'éteindre un procès.

129. Aussi lorsque nous trouverons dans l'obligation ou le payement une cause puisée dans les principes de l'équité naturelle, nous considérerons cette obligation et ce payement comme valables, nonobstant l'allégation de l'erreur de droit. Et c'est ce qu'a jugé la cour de cassation, section des requêtes, par arrêt du 17 janvier 1809. (Sirey, 1809, 1, 215.)

On pourrait toutefois conclure du dernier motif de cet arrêt, que l'erreur dont parlent les art. 1109 et 1110 (3) du Code civil n'est que l'erreur de fait et non l'erreur de droit, et, sous ce rapport, l'arrêt combattrait la doctrine que nous venons d'émettre; mais, ainsi que l'observe très bien M. Favard de Langlade, qui est de notre avis sur ces points (4), on ne doit pas isoler ce motif de l'espèce dans laquelle l'arrêt a été rendu. Il s'agissait d'un prêtre rentré en France, en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an X, et qui réclamait ses biens de son neveu, auquel ils avaient été remis par un arrêté de l'administration. Les parties firent un compromis, et les arbitres rendirent au prêtre la possession de ses biens. Ce fut alors que le neveu demanda la nullité du compromis, comme ayant été souscrit, de sa part, par suite d'une erreur de droit, parce que l'arrêté de l'administration lui avait effectivement conféré, en vertu de la législation alors existante, la propriété irrévocable des biens en question. Il obtint gain de cause en première instance, mais, sur l'appel, la cour de Rouen infirma, par arrêt du 3 mars 1807, et sur le pourvoi en cassation, cet arrêt a été confirmé : « Attendu « (entre autres considérants) que le demandeur a « eu des motifs suffisants pour se déterminer à « signer le compromis, dans la délicatesse et le « respect pour l'opinon publique, abstraction « faite de toute autre considération. »

130. Par application de ce qui vient d'être dit, que ce qui est payé *transactionis causa* n'est pas sujet à répétition, on doit décider aussi que, encore bien qu'un jugement de première instance n'ait, durant les délais de l'appel, acquis la force de la chose jugée que par l'exécution des parties condamnées, ces parties ne sont point admises à le faire réformer sous prétexte qu'elles n'y ont acquiescé que par erreur de droit. Cette erreur ne vicie pas l'acquiescement; l'incertitude sur l'issue finale du procès en était une cause suffisante (5).

131. L'action en recouvrement des immeubles vendus ou cédés par contrats vicieux pour cause d'erreur, peut être exercée même contre les tiers détenteurs de bonne foi, en faisant statuer préalablement sur la rescision du contrat avec la partie contractante ; ce qui peut toutefois avoir lieu dans la même instance, en y appelant les tiers pour voir déclarer le jugement commun avec eux.

Vainement les tiers diraient-ils qu'ils ne doi-

(1) Code de Hollande, art. 1451.
(2) Ibid., art. 1861.
(3) Ibid., art. 1357 et 1358.

(4) *Voyez* son *Répertoire*, v° *Erreur*, n° 4.
(5) Arrêt de la cour de Bordeaux, du 15 messidor an XIII (Sirey, 7, II, 941).

vent point souffrir de l'erreur commise par celui qui les attaque (1); car le Code déclare positivement *qu'il n'y a pas de consentement valable, lorsqu'il n'a été donné que par erreur* (article 1109) (2); or s'il n'y a pas de consentement valable, il n'y a pas de contrat ou d'aliénation valable, et la partie qui a traité avec celui qui est tombé dans l'erreur n'a pu transmettre à d'autres plus de droits qu'elle n'en avait elle-même : *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.* Quant aux hypothèques qu'aurait consenties sur les biens cette même partie, l'article 2125 (3) est formel : il porte de la manière la plus générale que celui qui n'avait qu'un droit résoluble n'a pu consentir qu'une hypothèque sujette à la même résolution. Et quant aux aliénations, l'article 2182 (4) n'est pas moins positif : il décide que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue... Enfin, dans le cas même de vente faite avec lésion énorme pour le vendeur, et où, par conséquent, celui-ci doit bien mieux s'imputer d'avoir contracté, l'action n'en a pas moins lieu contre les tiers possesseurs. (Art. 1681) (5). On objectera peut-être que, dans les principes du droit romain, suivis dans notre ancienne jurisprudence quant à ce point, le payement fait par erreur ne donnait lieu qu'à une simple action personnelle, *condictio indebiti*, pour répéter ce qui avait été payé indûment ; qu'il n'y avait point d'action contre les tiers acquéreurs ou détenteurs des choses mal à propos payées. Cela est vrai, mais c'est que, dans le cas du payement fait par erreur, l'erreur ne tombe que sur la cause en raison de laquelle le payement a eu lieu, et non pas sur le fait du payement lui-même, ou de la chose donnée en payement ; en sorte qu'il est vrai de dire que celui qui a payé a voulu conférer à l'autre partie la propriété de la chose payée, ce qui a suffi pour la lui conférer en effet, sauf l'action en répétition, pour que cette autre partie ne s'enrichisse pas à ses dépens ; mais, puisqu'elle était devenue propriétaire de la chose par le payement, elle a donc pu transférer à son tour la propriété de l'objet reçu. Telles étaient du moins les raisons qui avaient déterminé les jurisconsultes romains à ne donner, dans ce cas, qu'une action *personnelle* contre celui à qui ce payement avait été fait mal à propos, et contre ses héritiers. Au lieu que dans le cas d'un contrat nul pour cause d'erreur, il n'y avait pas d'aliénation, et la tradition qui s'en était suivie n'était considérée que comme une tradition nue, et, comme telle, elle était inefficace : *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. L. 31, princip. ff. de Acquir. rerum domin.*

Ces distinctions étaient sans doute extrêmement subtiles, pour ne rien dire de plus ; car, dans le cas de payement fait par erreur, on se contentait, pour décider que la propriété était transférée (sauf l'action personnelle en repétition), de la simple opinion sur l'existence d'une cause en raison de laquelle ce payement avait eu lieu, de sorte que la cause *putative* tenait lieu de cause réelle ; tandis que dans le cas d'erreur de nature à vicier le contrat, ce contrat était nul, et la tradition de l'objet qui en avait été faite en conséquence était considérée comme n'ayant pas transféré la propriété de la chose, quoiqu'on pût dire aussi dans ce cas, que la tradition avait été faite sans cause (puisque la cause était fausse), et que le payement avait eu lieu en vue de conférer la propriété, comme dans le cas d'une cause erronée ou putative.

Quand nous parlerons du payement fait indûment, au titre suivant, nous examinerons si, sous le Code, celui qui a payé par erreur un immeuble qu'il ne devait pas, ainsi que le suppose l'art. 1379 (6), a une action contre les tiers pour se le faire restituer, au cas où ceux-ci n'en auraient pas encore prescrit la propriété ; ou si, au contraire, l'article 1380 ne semble pas exclure cette action, et avoir voulu maintenir à cet égard les anciens principes. Mais en admettant qu'on dût

(1) Toutefois, au tome VII, n° 538, note 1, nous avons exprimé l'opinion que, dans le cas qui y est traité, l'action par suite de l'erreur n'aurait pas dû pouvoir être exercée contre les tiers détenteurs de bonne foi ; mais c'est que, dans l'espèce, il y avait des circonstances particulières : notamment, c'était le demandeur en rescision qui avait provoqué le partage, et qui l'avait fait par erreur de droit. — (2) Code de Hollande, art. 1357.

(3) Code de Hollande, art. 1215.

(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(5) Code de Hollande, art. 1508.

(6) Ibid., art. 1398, § 2.

se décider en faveur des tiers détenteurs, nous n'en pensons pas moins que celui qui a vendu ou cédé à un titre quelconque, un immeuble, par un contrat nul pour cause d'erreur, a le droit d'exercer son action, même contre les tiers, en faisant annuler préalablement le contrat avec la partie; car cette partie n'a pu conférer plus de droits qu'elle n'en avait elle-même; et tel est l'esprit des articles 2125 et 2182, qui ne distinguent point le cas de rescision ou d'annulation pour cause d'erreur, d'avec les autres cas.

§ II.

De la violence ou de la crainte.

SOMMAIRE.

160. *Un acte authentique peut, comme un acte sous seing privé, être attaqué pour vice de violence, sans qu'il y ait besoin de s'inscrire en faux.*
161. *L'exception qui naît de la violence ou de la crainte est* réelle : *conséquence quant à la caution.*
162. *Si la violence a été exercée par plusieurs, ils sont solidairement tenus des dommages-intérêts de la partie lésée.*
163. *Si la chose livrée par suite de violence a péri dans la main de celui qui a exercé la violence, il est tenu de la perte, encore qu'elle fût arrivée par cas fortuit.*
164. *Comment peut se purger le vice de violence ou de crainte : texte de l'art.* 1115.

152. Les engagements qui n'ont été consentis que par violence, ou par crainte grave, sont susceptibles d'être annulés comme ceux qui ont été consentis par erreur. La crainte, lorsqu'elle a un caractère de gravité tel que la personne ne se serait point obligée si elle n'eût été dominée par elle, vicie pareillement le consentement.

153. La crainte est ordinairement le résultat de la violence exercée contre la personne qui l'éprouve; cependant elle peut naître quelquefois de la situation où se trouve un individu sans qu'aucune violence soit exercée contre lui par d'autres, comme lorsqu'un homme surpris en flagrant délit de vol ou d'adultère, donne, de son propre mouvement, sa bourse, sa montre, ou consent quelque engagement pour se racheter de sa position, sans même qu'on lui fasse des menaces, mais craignant justement des violences graves, ou d'être déféré à la justice. Ce cas est prévu par les lois romaines (1), et elles décident que la crainte seule peut fonder la rescision de ce qui a été fait en cet état. En un mot, on ne s'attache qu'à la crainte. Aussi l'édit du préteur sur cette matière portait-il : *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeto.* Le préteur ne considérait que la crainte, abstraction faite de la violence. Dans l'origine, l'édit faisait aussi mention de la violence : *Sed postea detracta est* vis *mentio, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur* L. 1, ff. *Quod metus causa.* Le titre du Code sur cette matière parle toutefois de la violence et de la crainte (2).

Le Code civil ne parle de la *crainte* que comme résultat de la violence (art. 1112) (3) : il n'y a point de consentement valable, dit-il (art. 1109), s'il n'a été donné que par erreur, ou s'il a été *extorqué par violence*, ou surpris par dol. Dans l'article 1111, il suppose une violence exercée par quelqu'un, mais il n'a point entendu, pour cela, reconnaître comme valables des engagements qui ne seraient que le résultat d'une crainte grave, quoiqu'il n'y eût pas eu de violence extérieure : il exige toujours la liberté du consentement; et s'il ne parle que de la violence, et non de la crainte (si ce n'est comme résultat de la violence), c'est parce qu'en effet, ordinairement, c'est la violence qui produit la crainte. On n'a pas voulu innover en cette matière; il n'y avait aucune raison de le faire; et dans l'ancienne jurisprudence on suivait la théorie du droit romain. D'ailleurs, il y a toujours violence faite à la volonté, quoique aucune contrainte extérieure ne soit exercée pour forcer la personne à s'obliger : cette violence lui est faite par sa position même; et, comme dit la loi romaine, il *craint* par cela seul qu'il n'a que trop juste sujet de craindre. Nous reviendrons, au surplus, sur ce point.

154. Dans le cas d'extorsion par violence, force ou contrainte, de la signature de quelqu'un, ou de la remise d'un écrit, d'un acte, d'un titre, ou d'une pièce quelconque, contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge, il y a crime, et ce crime est puni par l'art. 400 du Code pénal, de la peine des travaux forcés à temps; mais nous ne considérons ici la violence que sous le rapport de la nullité des actes qui en sont infectés.

155. « Il y a violence, suivant le Code civil « (art. 1112) (4) lorsqu'elle est de nature à « inspirer à une personne raisonnable la crainte « d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal « considérable et présent. »

156. Et la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité,

(1) L. 7, § 1, ff. *Quod metus causa gestum erit.*
(2) Il est ainsi conçu : *De his quæ vi metusve causa gesta sunt.*
(3) Code de Hollande, art. 1359.
(4) Ibid., art. 1360.

encore qu'elle ait été exercée par un tiers, autre que celui au profit duquel la convention a été faite. (Art. 111.)

C'est une notable différence d'avec le dol, qui n'est une cause de nullité de la convention que lorsque les manœuvres pratiquées par *l'une des parties* sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. (Art. 1116) (1).

Nous expliquerons la raison de cette différence en parlant du dol, au paragraphe suivant.

137. Comme on le voit, l'art. 1112 ne définit que la violence *morale*, celle qui s'exerce par des menaces, et qui *inspire la crainte, metus*, ce trouble de l'âme et de la raison qui ôte à la liberté son essence, et que les jurisconsultes romains définissaient *instantis, vel futuri periculi causa, mentis trepidatio* (2). Au lieu que la violence physique, les faits de force, *vis*, n'inspire pas seulement la crainte d'un mal, elle est elle-même un mal présent, actuel : c'est *majoris rei impetus, qui repelli non potest*, dit le jurisconsulte Paul, dans la loi 2, au ff., à ce titre. Tel est le cas où l'on me fait éprouver des tourments corporels, des tortures, pour m'arracher ma signature.

La première ne s'exerçant que par les menaces faites à quelqu'un de lui causer un mal considérable dans sa personne ou dans sa fortune, s'il ne consent pas à ce qu'on exige de lui, il est clair qu'elle est conditionnelle ; tandis que l'autre est positive, absolue. En un mot, dans un cas il y a seulement *crainte;* dans l'autre, il y a *violence*. Et, puisque les Romains reconnaissaient que la crainte seule, lorsqu'elle est grave, suffit pour faire rescinder l'engagement, parce qu'en effet elle altère le consentement, dans son essence ils ont dû, par cela même, ainsi qu'ils l'ont fait, supprimer, de l'édit sur la matière, la mention de la violence, comme inutile; car nécessairement la violence emporte la crainte : *Quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*

138. En théorie, on peut néanmoins trouver cette différence entre l'une et l'autre espèce de violence, que celle qui s'exerce par des voies de fait, des contraintes physiques, peut exclure toute idée de consentement (3); comme lorsqu'un homme d'une force supérieure à la mienne, ou aidé par d'autres, se saisit de ma main, en conduit le mouvement, et me fait ainsi signer un acte malgré ma résistance. Ma main, dans ce cas, n'est point l'organe de ma volonté, mais l'instrument de la volonté d'un autre. Et il en est presque ainsi lorsqu'on use envers moi de mauvais traitements, qu'on emploie des tortures pour me contraindre à signer un engagement; je n'ai point la liberté du consentement, je suis contraint à faire ce que l'on me prescrit, parce que la douleur, au-dessus de mes forces, ne me laisse pas le moyen de résister.

Mais la violence morale, celle qui s'exerce seulement par des menaces, la violence conditionnelle, n'exclut point, à proprement parler, le consentement ; elle en altère seulement l'essence; car, comme dit la loi romaine : *Quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per prætorem restituendus sum* (4). En un mot, *ex duobus malis minimum elegi.*

139. Au surplus, quoique, en réalité, dans le premier cas, il n'y ait pas de consentement, et qu'on pût croire, d'après cela, qu'il n'y a pas de contrat, néanmoins, comme il y a un acte, un titre apparent, il faut en détruire l'effet par l'action en nullité, ou le repousser par voie d'exception opposée à la demande qui serait formée à fin d'exécution de cet acte : l'art. 1117 (5) ne fait aucune distinction relativement aux caractères de la violence ; il porte, d'une manière générale et absolue, que la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit, qu'elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans le cas et de la manière expliqués à la section 7 du chapitre 5 du présent titre.

D'ailleurs, il n'y a pas plus de consentement dans le cas d'erreur tombant sur la substance même de la chose qui fait la matière de la convention, qu'il n'y en a dans le cas de violence la plus atroce, *nam nihil tam contrarium con-*

(1) Code de Hollande, art. 1364.

(2) L. 1, ff. *Quod metus causa.*

(3) Voet, *ad Pandectas, tit. Quod metus causa*, n° 1; et *cap.* SACRIS, 5, *extra*, *de His quæ vi metusve causa.*

(4) L. 21, § 5, ff. *hoc. tit.*

(5) Code de Hollande, art. 1485.

sensui, quam error ; et cependant la convention infectée d'erreur n'est point nulle non plus de plein droit dans notre législation ; il faut en demander la nullité pour être dispensé de l'exécuter.

Sans doute lorsqu'il n'y a pas d'acte, comme si quelqu'un m'enlève violemment une chose, je n'ai pas besoin, pour la revendiquer, d'agir préalablement en rescision : je n'ai point perdu la propriété, même temporairement, ainsi que je l'ai perdue, en quelque sorte, dans les cas où il y a un titre, quoique vicieux, titre qu'il faut faire rescinder pour remettre les choses au même état qu'auparavant. (Art. 1117.)

140. Chaque expression de la définition de la violence, suivant l'art. 1112, veut être entendue dans sa juste mesure.

Pour qu'il y ait violence dans le sens de la loi, il faut que les menaces ou les faits puissent inspirer une crainte grave, une crainte capable de faire impression sur une personne douée d'une force de caractère ordinaire; car celui *qui meticulosus rem nullam aut vanam frustra timuerit*, n'est pas restituable contre son engagement (1), du moins pour cette cause. Le droit romain disait : *Metum autem, non vani hominis, sed qui merito in constantissimum virum cadat, ad hoc Edictum pertinere dicimus* (2) ; mais dans notre droit on n'a jamais exigé, pour que la convention pût être rescindée, que la violence fût de nature à ne faire impression que sur un homme très-courageux, doué d'une grande fermeté de caractère, *in constantissimum virum;* on a toujours pensé qu'il suffisait qu'elle fût de nature à faire impression sur une personne raisonnable, une impression grave sur le commun des hommes. Voilà le principe général : dans son application, le magistrat doit apprécier les circonstances du fait, la position dans laquelle se trouvait placée la partie au moment de la convention, et juger, d'après ces circonstances, si la crainte qu'elle allègue ne pouvait faire impression que sur un esprit timide et pusillanime ; si le danger dont elle prétend avoir été menacée n'était que chimérique, à raison des moyens qu'elle avait de s'y soustraire, et si le mal qu'elle prétend avoir voulu éviter dans sa personne ou dans sa fortune n'eût été que d'une faible importance ; ou bien, au contraire, si sa position et le mal qu'elle pouvait éprouver par son refus de consentir à l'engagement lui prescrivaient fortement d'y souscrire. Il doit prendre aussi en considération l'âge, le sexe et la condition de la personne qui se plaint de la violence (art. 1112) ; car la gravité de la crainte est nécessairement relative : telle menace pourrait en effet faire une impression assez vive sur l'esprit d'un vieillard, d'un malade ou d'une femme, qui n'en ferait qu'une très-faible, ou même aucune, sur un homme dans la vigueur de l'âge, en pleine santé, ou sur un militaire ; et alors la crainte ne serait point grave : elle n'aurait pas le caractère voulu par la loi pour entraîner la nullité de l'engagement.

141. Il faut, disons-nous, que le mal soit *considérable* (3). Ainsi, lorsque la violence est dirigée contre la personne elle-même, elle est une cause de nullité si elle est de nature à lui inspirer la crainte de la mort, ou d'éprouver des tortures, des blessures, ou d'être violée ou réduite en servitude, par exemple, d'être livrée à des pirates.

142. Elle est aussi une cause suffisante de nullité lorsqu'on a mis ou retenu quelqu'un dans un lieu malgré lui pour lui faire souscrire un engagement, en le privant ainsi de sa liberté (4).

Et lors même que la personne aurait été placée dans une prison publique, en vertu d'un acte d'exécution de contrainte par corps, ou d'un mandat d'arrêt, si elle a été incarcérée illégalement, parce qu'il n'y avait pas lieu de l'arrêter, ou parce que toutes les formalités prescrites pour l'incarcération n'ont pas été remplies, son engagement est vicieux, et elle doit en obtenir la rescision (5).

Il faudrait le décider ainsi lors même que la partie eût pu raisonnablement, et sans trop de lésion pour elle, souscrire l'engagement, si elle avait été absolument maîtresse de ses actions;

(1) L. 7, *princip.* ff. *Quod metus causa.*

(2) L. 6, ff. *hoc titulo.*

(3) *Metum accipiendum Labeo ait, non quemlibet timorem, sed majoris malitatis.* L. 5, ff. *hoc tit.*

(4) L. 9, ff. *Ex quib. caus. maj.*

(5) *Qui in carcerem aliquem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est.* L. 22, ff. *hoc tit.*

car son consentement n'a pas été libre, il lui a été extorqué par une violence injuste.

Un mari et une femme, dit M. Merlin dans ses *Questions de droit*, au mot *Crainte*, sont poursuivis pour banqueroute frauduleuse; ils sont décrétés de prise de corps et emprisonnés. Dans cet état ils transigent, entre deux guichets, et s'obligent envers leurs créanciers. Ils sortent : lettres de rescision et appel de la procédure extraordinaire. Le 1er juin 1714, arrêt à la Tournelle criminelle du parlement de Paris, sur les conclusions de M. l'avocat général Chauvelin, qui déclare le tout nul, par le motif qu'il n'y avait point de preuves de banqueroute par les charges, et par conséquent point de cause à la transaction.

143. Nous disons par une *violence injuste*, parce qu'en effet celle-là seulement qui est exercée *adversus bonos mores* vicie les engagements (1).

« Les voies de droit, dit Pothier (dans son « Traité des obligations, n° 26), ne peuvent « jamais passer pour une violence injuste; « c'est pourquoi un débiteur ne peut jamais se « pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec son « créancier, sur le seul prétexte qu'il a été inti- « midé par les menaces que ce créancier lui a « faites d'exercer contre lui la contrainte par « corps *qu'il avait le droit d'exercer, ni même sur* « *le prétexte qu'il a fait ce contrat en prison*, « *lorsque le créancier a eu le droit de l'empri-* « *sonner.* »

Cette doctrine n'est point contraire à la décision de la loi 22, ff. *Quod metus causa*, précédemment citée; car cette loi doit être entendue d'une arrestation illégale, puisqu'elle parle d'un emprisonnement pratiqué, en quelque sorte, par voies de fait et d'autorité privée, *qui in carcerem aliquem detrusit*, et qui a eu pour but d'arracher quelque chose à la personne détenue, *ut aliquid ei extorqueret*. C'est ainsi, au reste, que la plupart des interprètes l'expliquent, notamment Mornac. Au lieu que, dans l'hypothèse actuelle, la contrainte n'était point *adversus bonos mores* (2). Aussi a-t-il été jugé par arrêt de la chambre de l'édit de Castres, le 22 février 1635, dont M. Merlin fait aussi mention, « que les prison- « niers peuvent valablement s'obliger, pourvu « qu'ils soient emprisonnés d'autorité de justice « et pour cause juste. »

La question avait été aussi jugée en ce sens par arrêt du 18 juillet 1595; et c'est le sentiment de Ranchez, de Despeisses et de Mornac, cités par Rousseau de Lacombe, v° *Restitution*, sect. 4.

Il paraît toutefois par deux arrêts insérés dans le recueil de Lépine de Grainville, rendus le même jour par le parlement de Paris, et cités pareillement par M. Merlin, *eodem loco*, que cette cour souveraine distinguait si l'acte passé par une personne emprisonnée, quoique légalement, lui causait une lésion considérable, et si l'on pouvait, en conséquence, présumer qu'elle ne l'eût pas consenti en état de liberté; ou si, au contraire, le détenu n'avait fait que ce qu'il aurait probablement fait hors de prison. L'un de ces arrêts a maintenu l'acte dans cette dernière hypothèse; l'autre l'a réformé dans la première, bien que la contrainte alléguée ne fût pas *adversus bonos mores*, l'emprisonnement étant légal. On disait, en faveur du demandeur en nullité, que la personne, quoique légalement détenue, n'avait cependant pas donné un consentement libre, puisqu'elle n'avait souscrit l'acte que pour avoir sa liberté, ainsi que le démontrait évidemment la lésion qu'il devait lui faire éprouver. Le parlement annula donc la convention, nonobstant la circonstance, assez indifférente en effet, que l'obligé avait donné sa signature entre les deux guichets, où il avait été amené pour cela, attendu qu'il n'était pas plus libre dans cette situation que dans le lieu ordinaire de sa détention, puisqu'il ne lui était pas permis d'en sortir à sa volonté.

Cette décision pourrait encore être suivie si la lésion était très-considérable et attestait évidemment l'effet de la contrainte; mais, hors ce cas, l'on doit s'en tenir à la doctrine de Pothier, fondée sur l'arrêt du 22 février 1635, cité plus haut (3).

(1) L. 3, § 1, ff. *Quod metus causa*. M. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Crainte*, § 2.

(2) Cependant, la loi 9, ff. *Ex quib. caus. maj.*, paraît décider d'une manière générale que l'on doit restituer celui qui a contracté même dans une prison publique : *Succurritur etiam ei qui in vinculis fuisset; quod non solum ad eum pertinet qui publica custodia coerceretur, sed ad eum quoque qui a latronibus, aut prædonibus, vel potentiore vi oppressus.*

(3) *Voyez* Lacombe, au même endroit, et les autorités par lui cités.

144. Il y a encore violence dans le sens de la loi lorsqu'on arrache à une personne surprise en flagrant délit d'adultère ou de tout autre crime, quelque chose ou un engagement pour la laisser aller ou pour la promesse de ne pas la déférer à la justice ; et, lors même que la personne, dominée par la crainte, offrirait spontanément cet engagement, des billets par exemple, et qu'on pût dire: *Metum sibi potius intulit quam ab alio accepit*, les billets ne seraient pas moins nuls pour *crainte*, indépendamment de ce qu'ils le seraient pour défaut de cause ; car en pareille situation, la personne devait naturellement craindre des violences, quoiqu'elles ne fussent pas autorisées par la loi ; elle devait craindre surtout l'effet d'une dénonciation. Vainement dirait-on qu'elle doit s'imputer de s'être mise dans un cas fâcheux, elle répondrait que le fait dont elle s'est rendue coupable n'empêche pas que son engagement ne soit l'œuvre de la crainte ; loin de là, c'est ce qui a détruit en elle la liberté du consentement. La loi 7, § 1, ff. *Quod metus causa*, ainsi que nous l'avons dit plus haut, décide formellement que l'édit sur la crainte est applicable en pareil cas, et elle ne distingue même point s'il y a eu des violences ou des menaces pour forcer la personne à donner quelque chose ou à s'obliger, ou bien si elle l'a fait sans contrainte extérieure, de son propre mouvement, pour se racheter de la fâcheuse position où elle s'est mise : elle décide d'une manière générale que l'individu peut faire rescinder par le magistrat tout ce qui a été fait en cet état.

Il est vrai que la loi 9 au Code *de His quæ vi metusve causa gesta sunt*, décide, d'un autre côté, que l'aliénation ou la promesse faite par la crainte d'une accusation déjà intentée, ou qui va l'être, n'est point sujette à rescision pour cette seule cause : *Accusationis institutæ vel futuræ metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis, improbum est desiderium*.

Mais ces textes se concilient parfaitement. Dans le cas de cette dernière loi, l'individu ne s'oblige point au moment où il est surpris en flagrant délit, comme dans l'espèce de la première ; rien ne l'indique du moins ; il a donc sa liberté : il n'a pas à craindre qu'on ne commette sur lui des actes de violence, et il est vrai de dire que *metum sibi nfert potius, quam ab alio accipit*.

Si d'ailleurs il s'est obligé en réparation du tort qu'il a causé, et que sa promesse ne soit pas excessive, ce qu'il a fait peut être considéré comme fait *transactionis causa;* or il était permis dans le droit romain, comme dans le nôtre, de transiger sur l'intérêt pécuniaire résultant d'un délit, et tout porte à penser qu'il en était ainsi dans l'espèce de cette loi 9.

145. Aussi, dans tous les cas où la promesse ou ce qui a été payé pourrait être considéré comme la simple réparation du préjudice causé par le délit, ce qui a eu lieu serait maintenu, s'il n'y avait pas eu de violence, d'extorsion, de contrainte extérieure ; car le payement ou l'obligation ne serait pas sans cause. Il faudrait même le décider ainsi, encore que la personne eût payé ou se fût obligée dans le moment même où elle était surprise en flagrant délit, voulant de la sorte se racheter par la réparation du tort qu'elle a causé. Mais dans les cas d'extorsion par violence, force ou contrainte, tout doit être annulé, sauf au délinquant à réparer, par des dommages-intérêts, le tort qu'il a fait. Et lorsqu'il y aura eu transaction en forme, faite sans contrainte ni violence grave, quelle que soit la somme promise en réparation du délit, il n'y aura pas lieu à la rescision pour lésion, parce que les transactions ne sont pas rescindables pour cette cause. (Article 2052.) Dans les autres cas, si ce qui a été promis est excessif relativement au tort causé, le magistrat pourra réduire à sa juste mesure une obligation qui sera raisonnablement supposée n'avoir été que le résultat de la crainte, et qui n'aura point de cause légitime pour l'excédant.

146. Au surplus, dans les cas où il serait reconnu en fait que l'engagement n'a point été le résultat d'une violence caractérisée, et assez grave pour entraîner la nullité de la promesse, cette promesse n'en pourra pas moins être annulée pour défaut de cause, si, en effet, elle en est dépourvue, et pour cause de dol, si celui au profit de qui elle a été consentie a pratiqué, pour l'obtenir, des manœuvres telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie ne se serait pas engagée.

L'affaire *Charret et Tourangin* a donné lieu à l'application de ces principes d'une manière remarquable.

Le sieur Charret, soupçonné par le sieur Tourangin de lui avoir fait plusieurs vols d'argent dans sa maison, mais qui ne furent point prouvés, et qui, au surplus, ne devaient pas se monter à une somme bien considérable, fut forcé, le 6 juillet 1810, par ce dernier, de lui souscrire pour 24,000 fr. de billets, *causée* pour prêt, avec une déclaration séparée portant que, « ayant commis différents vols chez Félix Tou- « rangin, il a souscrit ces billets en réparation « desdits vols, et que cette déclaration est « donnée au susdit Tourangin pour s'en servir « au besoin, dans le cas où Charret se refuserait « au payement des billets de 24,000 fr. qu'il « lui avait remis. »

De suite, et pour plus de sûreté, Tourangin se fait consentir une obligation devant notaire, avec hypothèque sur les biens de Charret. L'obligation était également causée pour *prêt*, mais en réalité elle n'avait pas d'autre cause que celle des billets; cela était même avoué par Tourangin.

Ces divers actes avaient été consentis par Charret sous l'influence de menaces plus ou moins graves du sieur Tourangin et de cinq ou six de ses amis, qui avaient appelé Charret dans la maison de l'un d'eux, pour faire ce qu'ils appelaient *justice privée*.

Charret, se repentant d'avoir souscrit et ces billets et cette obligation, rendit plainte contre Tourangin et consorts, pour extorsion par violence et contrainte, et concluait à la nullité et remise des billets et obligation qu'on lui avait extorqués.

Sur cette plainte, Tourangin et autres furent arrêtés, et renvoyés, par la chambre des mises en accusation de la cour de Bourges, devant la cour d'assises séant en cette ville, pour y être jugés sur ces faits de violence.

Ils furent acquittés, par arrêt du 1er mai 1811, qui condamna Charret, comme partie civile, aux frais envers l'État et envers les accusés, déclara les mémoires publiés par Charret calomnieux et diffamatoires, en ordonna la suppression, l'affiche du jugement par extrait au nombre de cinq cents exemplaires aux frais dudit Charret, et enfin donna acte à Tourangin et consorts de la déclaration par eux faite qu'ils renonçaient volontairement à toutes demandes en dommages-intérêts contre ledit Charret.

Cet arrêt détermina le ministère public à poursuivre d'office Charret, devant le tribunal de police correctionnelle de Bourges, pour y être jugé sur les faits de vol qu'il aurait commis chez Tourangin.

Jugement qui renvoie Charret de la plainte; appel du ministère public, arrêt confirmatif qui déclare qu'aucun des vols n'est prouvé.

Après cet arrêt, Charret crut avoir remporté une victoire décisive, et il demanda au civil la nullité des billets et de l'obligation, comme étant, le tout, le résultat de la contrainte, de manœuvres frauduleuses, et, en tout cas, comme étant absolument dénué de cause.

Tourangin lui opposa l'exception de la chose jugée par la cour d'assises, qui, en l'acquittant sur l'accusation de violence et d'extorsion desdits effets, avait par cela même décidé, selon lui, *que les obligations étaient légitimes*.

Jugement du 15 février 1812, qui, sans égard à cette exception, déclare nuls les billets et l'obligation comme étant *sans cause*, et condamne Tourangin à les restituer à Charret.

Appel par Tourangin, et arrêt du 27 fév. 1812, qui confirme la décision des premiers juges, condamne en outre Tourangin à remettre la déclaration des prétendus vols que lui avait fournie Charret, et autorise ce dernier à faire imprimer et afficher le présent arrêt au nombre de cinq cents exemplaires, aux frais de Tourangin (1).

Enfin pourvoi en cassation formé par Tourangin, pour violation de la chose jugée aux assises de Bourges, et pour violation des articles 1132, 2046 et 2052 (2) du Code civil, en ce que l'arrêt de la cour d'appel avait annulé les billets et obligation comme étant sans cause, tandis qu'ils en avaient une évidente, selon lui, dans les faits de vol reconnus et avoués par Charret lui-même; et en ce que ces billets et obligation avaient été consentis *transactionis causa*, et devaient, en conséquence, être maintenus, parce qu'il est permis de transiger sur l'intérêt civil résultant d'un délit,

(1) Ces faits et décisions sont rapportés, avec quelques légères différences près, dans le Recueil de Sirey, tome XIII, part. I, pag. 262 et suivantes, et dans le *Journal de jurisprudence du Code civil*, tom. XX, pag. 90 *et sequent.* — (2) Code de Hollande, art. 1372, 1890 et 1893.

et que les transactions ne peuvent être rescindées sous prétexte de lésion.

Tourangin alléguait aussi que le jugement en police correctionnelle et l'arrêt confirmatif qui acquittaient Charret des faits de vol, ayant été prononcés sur la poursuite d'office du ministère public, sans qu'il se fût rendu partie civile sur cette poursuite, ces jugement et arrêt ne pouvaient, disait-il, lui être opposés, sans une violation manifeste de l'article 1351 (1).

Mais la cour de cassation, section des requêtes, rejeta le pourvoi, sur les conclusions conformes de M. Merlin, par arrêt du 17 mars 1813, sur les principaux motifs que, de ce que la cour de Bourges avait décidé que Tourangin et consorts n'étaient point coupables d'avoir extorqué, par violence, force ou contrainte, les billets et l'obligation en question, il ne s'ensuivait pas que ces actes eussent une cause; qu'il était même démontré qu'ils n'en avaient pas, puisque Tourangin lui-même ne leur en assignait pas d'autre que celle des prétendus vols commis à son préjudice par Charret, vols qui avaient été reconnus n'avoir pas existé par des jugements passés en force de chose jugée; et que Tourangin n'était pas admis à prétendre que ces jugements ne pouvaient lui être opposés, sur le seul motif qu'ils avaient été rendus sur la poursuite d'office du ministère public, sans qu'il se fût porté partie civile dans l'instance, attendu que la société entière étant, en pareil cas, représentée par le ministère public, le jugement fait loi pour tout le monde, parce qu'il n'est que l'expression du fait : Y a-t-il eu vol, ou non?

Ainsi l'arrêt criminel, qui, en acquittant l'individu accusé d'extorsion de promesses ou obligations par violence, force ou contrainte, juge, par cela même, que l'article 400 du Code pénal ne lui est point applicable, ne décide toutefois pas implicitement que lesdites promesses ou obligations sont valables, car elles peuvent être nulles pour dol, manœuvres, ou défaut de cause; et il ne décide même pas qu'elles ne sont point entachées du vice de violence ou de crainte, dans le sens de l'art. 1112 du Code civil, vu qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait violence, dans le sens de cet article, que le porteur des actes, ou tout autre, se soit rendu coupable des faits prévus par l'art. 400 du Code pénal, précité, puisque la *crainte* seule, si elle a été grave, a vicié le consentement, quoiqu'elle n'ait pas été produite par des voies de fait ou des violences, en un mot, par une contrainte extérieure, ainsi que nous l'avons démontré plus haut, d'après les lois romaines, qui ne s'occupaient que de la *crainte*, et ne parlaient de la violence que comme de la cause par rapport à l'effet. L'on peut donc encore demander, devant les tribunaux civils, la nullité des obligations, pour cause de *crainte* grave qui a vicié le consentement, et faire même valoir à l'appui de la demande des faits de la partie, quoique ces faits aient été jugés, par les tribunaux criminels, n'avoir pas les caractères prévus par le Code pénal pour mériter les peines portées par ce Code.

Ainsi, dans le cas que nous avons supposé plus haut, d'un homme surpris en flagrant délit d'adultère, et qui, de son propre mouvement, signerait des billets pour empêcher qu'on ne lui fît un mauvais parti, ou qu'on ne le dénonçât, sans qu'il y ait eu, par conséquent, de la part de celui qui l'a surpris et au profit duquel il a souscrit les billets, extorsion par contrainte, faits de force, violence ou menaces, assurément il n'y aurait pas lieu d'appliquer à ce dernier les dispositions de l'art. 400 du Code pénal, quoiqu'il ait reçu les billets; et cependant, selon nous, et selon la loi romaine, 7, § 1, ff. *Quod metus causa,* citée plus haut, les engagements ne seraient pas moins nuls pour *crainte*, indépendamment de ce qu'on pourrait soutenir qu'ils le sont pour défaut de cause ou de valeur reçue.

147. Suivant cette loi 7, *princip.*, la crainte de l'infamie, dont me menacerait quelqu'un, n'est point une cause suffisante de rescision des engagements que j'aurais contractés avec lui, ou avec un autre, sous l'influence de cette crainte : *Nec timorem infamiæ hoc edicto contineri Pedius dicit, neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui.*

Cette décision est fondée sur ce que la crainte, pour vicier les engagements, doit être grave, et, suivant les principes du droit romain, être de nature à faire impression sur l'esprit d'un homme courageux : *Metus qui merito et in hominem constantissimum cadat.*

Or personne n'a à redouter l'infamie, s'il n'a

(1) Code de Hollande, art. 1954.

point commis d'action capable de l'attirer sur sa tête, et elle ne peut lui être imprimée que par une condamnation judiciaire. Un individu peut bien m'injurier, me calomnier; mais il n'a pas le pouvoir de me rendre infâme : ses menaces n'ont donc pas dû faire impression sur moi, elles n'ont pu du moins suffire pour me contraindre à m'obliger envers lui ou envers tout autre : *Metum non jactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti, probari convenit.* L. 9, Cod. *de His quæ vi metusve causa gesta sunt.*

Voilà le principe; mais un concours de circonstances extraordinaires peut toutefois placer une personne dans une situation telle, qu'elle ait tout à redouter d'une accusation grave et calomnieuse dont on la menace, si elle ne veut consentir un acte qu'on exige d'elle, en abusant ainsi de sa fâcheuse position : les combinaisons dramatiques nous offrent de nombreux exemples de situation pareille, où toutes les apparences se réunissent pour accuser l'innocent et favoriser la calomnie; et les annales judiciaires nous en présentent de bien plus terribles, parce qu'ils n'ont été que trop réels. Les engagements qui seraient souscrits en pareils cas, pour prévenir une dénonciation calomnieuse, ne seraient donc que l'effet d'une crainte grave, d'une violence caractérisée, et seraient, en conséquence, nuls pour ce motif, indépendamment de ce qu'ils le seraient pour dol et pour défaut de cause.

148. La cour de Bruxelles a jugé, le 23 mars 1808, que le contrat qu'une femme avait fait consentir à sa fille majeure, enceinte et sur le point d'accoucher, après l'avoir enfermée seule dans une chambre, et en la menaçant de l'abandonner dans les douleurs de l'enfantement, si elle ne le souscrivait, était entaché d'un vice de violence assez grave pour en entraîner la nullité. On ne peut que souscrire à cette décision.

149. Mais il n'y a pas lieu d'annuler un engagement, quoique contracté dans un moment de crainte, si cet engagement a été consenti au profit de celui qui a prêté son secours à l'obligé, exposé à quelque danger, pourvu qu'il ne fût en rien complice du fait. C'est ce que décide la loi 9, § 1, ff. *Quod metus causa.* L'obligation a en effet une cause légitime, c'est le prix du service rendu. Néanmoins nous pensons que si elle était excessive, elle devrait être réduite à une juste mesure, suivant les circonstances du fait, la nature du danger que courait l'obligé, sa fortune, et surtout le péril auquel on s'est exposé pour lui : ce qui a été promis au delà de cette mesure ne l'a été que par l'effet de la crainte; ce n'est plus la récompense du service reçu. Nous reviendrons, au surplus, sur ce point, en parlant de la *cause.*

150. La violence est exercée à l'égard de la *fortune,* mais réfléchit sur la personne, lorsqu'on la menace, par exemple, d'incendier sa propriété, de détruire des titres desquels dépend sa fortune ou une partie notable de son patrimoine, comme un testament, si elle ne veut consentir à souscrire tel ou tel engagement. A plus forte raison y a-t-il violence, si l'on me menace de détruire des titres ou des pièces dont dépend mon état, ma qualité de fils d'un tel (1). En un mot, dans tous les cas où la personne est exposée à un mal *considérable* dans sa fortune, si elle ne consent à ce qu'on exige d'elle, il y a violence grave; et le sens de ce mot *considérable* est, en général, relatif à la fortune de la personne. Il faut toutefois que ce qu'elle était exposée à perdre fût plus considérable que ce qu'elle sacrifiait par l'engagement, autrement il n'y aurait pas violence; car rien n'expliquerait cet engagement, si ce n'est l'espoir secret de le faire annuler. Par exemple, si pour me rendre un dépôt d'une valeur de mille francs, dont je n'ai point de reconnaissance, vous exigez que je vous souscrive un billet de mille écus, et que je vous le souscrive en effet, il y a sans doute dol de votre part, mais il n'y a pas violence; ce n'est pas là une contrainte à laquelle je n'ai pu résister par la crainte d'éprouver *un mal considérable dans ma fortune,* puisque j'en éprouvais un bien plus grand en cédant à ce que vous avez voulu. C'est simplement un cas de dol, et d'obligation pour cause honteuse de votre part (2), deux vices qui entachent, au surplus, l'engagement et le rendent nul comme le ferait le vice de violence.

(1) *Voyez* la L. 8, § 1, ff. *Quod metus causa.*

(2) *Voyez* la L. 2, § 1, ff. *de Condict. ob turpem causam.*

151. L'art. 1112 exige, pour qu'il y ait violence, qu'elle soit de nature à inspirer à une personne raisonnable la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et *présent;* mais ce mot *présent* ne doit pas être pris en ce sens, qu'il est absolument nécessaire, pour qu'il y ait violence, que le refus de souscrire l'obligation doive être à l'instant même suivi de l'effet de la menace, que le péril soit sous les yeux de la personne. La crainte d'un danger réel, quoique l'effet de la menace dût être suspendu pendant un certain temps, ce que souvent même exigerait l'espèce de danger dont on serait menacé, n'en est pas moins une cause de nullité : c'est pour cela que la loi romaine a bien soin de dire : *Metus est instantis, vel* FUTURI *periculi causa, mentis trepidatio*, prévoyant ainsi le cas d'un péril futur, comme celui d'un danger présent et actuel. A la vérité, la loi 9 au même titre s'exprime en ces termes : *Metum autem præsentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus;* mais cette loi, qui a fourni aux rédacteurs du Code civil un des caractères de la violence, ne contredit point la précédente; seulement elle l'explique. Il ne suffirait pas, en effet, que la personne eût le *soupçon* qu'on exercera contre elle quelque violence si elle ne souscrit l'engagement, il faut qu'elle soit persuadée qu'elle court un danger en ne le souscrivant pas, et alors la *crainte* est réelle, elle est présente, quoique la violence physique n'existe pas encore. C'est ainsi que l'on a toujours expliqué et concilié ces deux textes, et l'on ne peut raisonnablement supposer que nos législateurs aient voulu établir, avec plus de rigueur que dans le droit romain lui-même, le principe que, pour qu'il y ait violence et nullité de l'engagement, il est nécessaire que le mal dont on est menacé soit absolument *présent*, actuel, sous les yeux de la personne, et doive l'atteindre aussitôt, si elle se refuse à ce qu'on exige d'elle. L'art. 305 du Code pénal porte que « quiconque aura menacé, par écrit anonyme ou « signé, d'assassinat, d'empoisonnement ou de « tout autre attentat contre les personnes, qui « serait punissable de la peine de mort, des tra- « vaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, « sera puni des travaux forcés à temps, dans le « cas où la menace aurait été faite avec ordre de « déposer une somme d'argent dans un lieu in- « diqué, ou de remplir toute autre condition. » Par exemple, de déposer des billets ou un engagement quelconque. Or il est clair que le danger que court la personne à qui la menace a été faite n'est pas rigoureusement *présent*, puisqu'elle ne doit éprouver l'effet de cette menace qu'après l'expiration du temps qui lui a été expressément ou tacitement fixé pour faire le dépôt. Et cependant il n'est pas douteux que les billets ou engagements qu'elle aurait déposés ne fussent nuls pour violence, indépendamment de ce qu'ils le seraient pour dol et pour défaut de cause. Tout ce qu'on peut dire, en ce qui concerne le vice de violence, c'est qu'il est laissé à la sagesse du juge d'examiner si la partie a pu avoir une juste appréhension du mal dont elle était menacée; ou bien si, à raison des moyens qu'elle avait de le prévenir et de l'éviter, soit en avertissant l'autorité, soit autrement, ce danger, et par conséquent la crainte, n'étaient que chimériques.

152. La violence n'est pas seulement une cause de nullité lorsqu'elle a été exercée sur la personne qui s'est obligée; elle l'est aussi quand elle a été exercée sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants. (Art. 1113) (1).

Et il est indifférent que la parenté soit simplement naturelle, pourvu qu'elle soit légalement établie : l'article ne distingue pas. Mais la violence exercée sur le gendre ou la bru, le beau-père ou la belle-mère de la partie qui a contracté, ne fournirait point à celle-ci le moyen de faire annuler le contrat. La loi ne parle pas des *alliés*, elle parle seulement du conjoint, de l'ascendant ou du descendant; or les alliés ne sont ni des descendants ni des ascendants. Quand elle veut les comprendre dans sa disposition, elle s'en explique, ainsi qu'elle l'a fait dans l'article 161 et autres.

On aurait dû toutefois établir aussi que la violence exercée sur le frère ou la sœur de la partie contractante serait une cause de nullité. L'expérience atteste que l'affection qui règne entre les frères est bien aussi vive, pour ne rien dire de plus, que celle du petit-fils pour son aïeul; et le Code lui-même, qui défère en général les successions d'après la présomption d'affection du

(1) Code de Hollande, art. 1361.

défunt, a bien reconnu la vérité de cette observation, en appelant à l'hérédité les frères et sœurs, à l'exclusion de tous les ascendants autres que les père et mère, et en leur donnant même parfois des droits supérieurs à ceux de ces derniers. (Art. 750 et 751 combinés) (1).

Le danger que peut courir mon frère doit donc me déterminer à contracter, tout aussi bien que celui que peut courir mon aïeul ; il peut m'inspirer une crainte aussi vive et vicier par conséquent au même degré mon consentement. Mais la loi ne s'étant pas expliquée au sujet de la violence exercée sur les frères et sœurs de la partie contractante, quand elle l'a fait à l'égard de celle exercée sur ses ascendants ou ses descendants, on ne pourrait alléguer cette violence pour en faire une cause de nullité du contrat.

Il est même à croire qu'elle n'a pas eu en vue, non plus, le cas où les personnes seraient unies seulement par les liens de l'adoption ; quoique l'adoption établisse des rapports civils de paternité et de filiation, néanmoins, dans le langage ordinaire de la loi, les qualifications de *descendants* et d'*ascendants* ne sont pas données à ceux qui ne sont unis que par ces rapports. L'adoption n'est qu'une image de la parenté, et même une image assez imparfaite, puisqu'elle est loin d'en produire tous les effets : elle n'inspire pas une affection de même nature que celle qu'inspire la parenté ordinaire, et ce n'est pas à l'égard des enfants adoptifs que le jurisconsulte romain dit : *Cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur* (2). L'affection d'une personne pour son frère est plus vive ordinairement que celle qui naît du contrat civil d'adoption : elle est d'une nature différente; et cependant la loi n'y a eu aucun égard en ce qui concerne la nullité des actes pour cause de violence exercée sur la personne de ce frère.

153. Comme le Code assimile la violence exercée sur l'époux ou l'épouse, les ascendants ou les descendants de la partie contractante, à celle qui est exercée sur cette dernière, et que la violence qui inspirerait à celle-ci la crainte d'éprouver un mal considérable et présent dans sa fortune seulement, suffit pour opérer la nullité du contrat ; par la même raison, la violence qui inspirerait à cette partie la crainte que son conjoint, son descendant ou son ascendant n'éprouvât un mal considérable et présent dans sa fortune, est pareillement une cause de nullité, quoique l'article 1113 ne parle nominativement que de la violence exercée sur l'*époux* ou sur l'*épouse*, ou sur les *ascendants* ou *descendants* de l'obligé, et que le motif d'affection agisse moins puissamment lorsque la fortune seulement de ces personnes est menacée, que lorsque ce sont ces personnes elles-mêmes.

154. La seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat (3). (Art. 1114) (4).

Mais s'il s'y est joint quelque violence, quand bien même elle n'aurait pas le caractère de gravité que la loi exige dans les autres cas pour produire la nullité de l'engagement, le contrat est susceptible d'être annulé; c'est là le sens de l'article 1114 quand il dit : La *seule* crainte révérentielle..., *sans qu'il y ait eu de violence exercée*, etc.; expressions qui seraient en effet bien inutiles, s'il fallait, pour qu'il y eût nullité, qu'à la crainte révérentielle se joignît la crainte née d'une violence qui suffirait seule pour opérer cette nullité. Aussi Voet, *ad Pandectas, tit. Quod metus causa*, décide-t-il, par argument de plusieurs lois romaines, et en citant à l'appui de son sentiment l'opinion commune des jurisconsultes hollandais et de plusieurs docteurs, que, si un père a fait à son enfant des menaces formelles de l'exhéréder, ces menaces, jointes à la crainte révérentielle, peuvent suffire pour faire annuler les contrats que l'enfant a consentis sous l'influence de cette double crainte.

L'exhérédation n'ayant plus lieu aujourd'hui,

(1) Code de Hollande, art. 901, 902 et 903.

(2) L. 8, § ult., ff. *Quod metus causa.*

(3) Telles étaient aussi les dispositions du droit romain, qui s'en explique positivement à l'égard du mariage contracté par les enfants par pure obéissance envers leur père, ou par crainte révérentielle. *Voyez* les L. 22, ff. *de Ritu nupt.*; L. 14, Code, *de Nuptiis. Voyez* aussi, pour d'autres cas, la L. dernière, ff. *Si quis aliquem testari prohibuerit*; la L. dernière au Code, au même titre, et la L. 6, aussi au Code, *de His quæ vi metusve causa.*

(4) Code de Hollande, art. 1362.

la menace qui en serait faite serait difficilement regardée comme une contrainte suffisante pour faire annuler l'acte ; et la menace de donner à un tiers la quotité de biens dont il est permis de disposer ne serait pas regardée comme une violence, puisqu'elle ne serait point *adversus bonos mores*. Mais la menace d'un père à son enfant de le priver de sa succession par des moyens détournés, par exemple, de vendre tous ses biens moyennant une rente viagère, s'il ne veut consentir tel ou tel acte, faire telle ou telle renonciation, aurait un caractère de gravité qui, joint à la crainte révérentielle, pourrait être une cause de nullité de l'acte, surtout si cet acte était souscrit au profit du père, et si la menace était d'ailleurs clairement établie. Mais des menaces vagues faites par un père à son enfant de le priver de sa succession, sans démonstration de la volonté de les mettre à exécution, ne devraient pas, en thèse générale, être regardées comme faites avec l'intention de les réaliser ; du moins la question, de pur fait, serait subordonnée à toutes les circonstances de la cause.

155. La seule crainte révérentielle de la femme envers son mari n'est point non plus suffisante pour faire annuler les contrats qu'elle a passés avec lui, ou avec des tiers sous son autorisation. C'est ce qui a été jugé plusieurs fois, notamment au parlement de Provence, par arrêt du 8 janvier 1582, qui a rejeté la demande en rescision, formée par une femme, de la vente de ses biens paraphernaux, qu'elle prétendait n'avoir consentie que comme induite à le faire par la crainte maritale (1).

Le parlement de Dijon a jugé dans le même sens, le 11 juillet 1601, en décidant, en principe, que, « la seule crainte maritale n'est pas « suffisante pour faire rescinder un contrat, sans « preuve de force et de violence (2). »

Néanmoins, la prescription ne court pas contre la femme pendant le mariage, dans le cas où le mari ayant vendu le bien propre de la femme sans son consentement, il est garant de la vente, ni dans aucun des cas où l'action de la femme contre les tiers réfléchirait contre le mari. (Article 2256) (3). On suppose qu'elle est empêchée d'agir par crainte maritale.

156. A plus forte raison, la seule crainte révérentielle du subordonné envers son supérieur (4), du domestique envers son maître, n'est-elle pas une cause de nullité.

Mais, dans tous ces cas, la crainte révérentielle sera une circonstance capable de donner plus de gravité à la violence réelle qui aurait été exercée.

157. La violence renferme en soi le dol, et l'on peut opposer à celui qui a fait violence l'une et l'autre exception : *Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est, et consumi alteram actionem per alteram, exceptione in factum opposita.* L. 14, § 13, ff. *Quod metus causa.*

Il y a toutefois cette différence, que l'exception née de la crainte peut être opposée encore que la violence n'ait point été exercée par la partie contractante, mais par un tiers, et que cette partie n'en ait point été complice (art. 1111) ; tandis que l'exception née du dol ne peut être opposée qu'à celui qui l'a commis. Et si c'est un tiers, sans que la partie en ait été complice, on ne peut l'opposer à cette dernière (art. 1116) (5) ; sauf l'action contre le tiers. (Art. 1382.)

Cette distinction, bien marquée dans le Code civil, est clairement indiquée par le jurisconsulte Paul, dans la loi 4, § 33, ff. *de Doli mali et metus exceptione*, où il reprend Cassius pour avoir dit d'une manière trop générale, que celui qui peut opposer l'exception de crainte peut par cela même opposer celle de dol.

158. L'action qui naît de la violence ou de la crainte, pour faire rescinder le contrat et réclamer la restitution des biens qui auraient été livrés en exécution de ce contrat, et sous l'influence de la crainte (car autrement l'exécution volontaire, en état de liberté, purgerait le vice, art. 1115 et 1338) (6), n'est pas précisément du nombre des actions que l'on appelle *personnelles ;* elle est du nombre de celles que les jurisconsultes appellent *in rem scriptæ*, parce qu'elle est donnée aussi contre tout détenteur des biens aliénés par

(1) De Saint-Jean, décision 3.
(2) Bouvot, tome II, au mot *Violence*.
(3) Code de Hollande, art. 2026.
(4) L. 6, Code *de His quæ vi metusve causa*.
(5) Code de Hollande, art. 1364.
(6) Ibid., art. 1363 et 1929.

suite de la violence ou de la crainte (1) ; ce qui doit toutefois s'entendre, dans notre droit, des biens immeubles, à cause de la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279) (2), sans préjudice néanmoins des cas où la violence aurait les caractères du vol ou de la rapine, cas dans lesquels la revendication des effets mobiliers pourrait même être intentée contre les tiers pendant trois ans (*ibid.*) sous les conditions et distinctions établies dans l'art. 2280 (3).

Lorsque les biens ont passé dans la main des tiers, avant de les revendiquer directement contre eux il faut faire rescinder le contrat contradictoirement avec la partie contractante ; mais, pour ne pas avoir deux actions à intenter, il convient d'attaquer la partie, et de mettre en cause les tiers détenteurs, pour faire déclarer le jugement commun avec eux.

Si les biens sont encore dans les mains de la partie ou de ses héritiers, on doit conclure d'abord contre eux à la rescision du contrat, et subséquemment, dans la même demande, à la restitution des biens.

159. Comme l'action contre la partie contractante a un caractère mixte, en tant qu'elle a pour objet la rescision d'un contrat, ce qui la rend *personnelle,* et en tant qu'on agit en revendication des biens aliénés, ce qui lui donne le caractère d'action *réelle,* elle peut être portée ou au tribunal du domicile du défendeur, ou à celui de la situation des biens, au choix du demandeur. (Art. 59, Cod. de procédure civile.)

160. Quoique les faits matériels que le notaire atteste *de visu et auditu* ne puissent être attaqués que par l'inscription de faux, il n'en est pas moins vrai, d'autre part, que, lorsqu'un acte authentique est attaqué non comme faux, mais comme arraché par violence ou contrainte, les faits de violence peuvent, comme tous ceux qui constituent des délits ou des quasi-délits, être établis par la preuve testimoniale, ainsi que par des présomptions de nature à former la conviction des magistrats (4).

En effet, la violence ou la contrainte renferme le dol, et l'acte peut aussi être attaqué pour ce dernier vice, lorsque la partie contractante est auteur ou même simplement complice de la violence. Or le dol, ainsi que nous le dirons plus loin, peut se prouver par témoins, et les juges, quand l'acte est attaqué pour ce vice, peuvent aussi se déterminer par des présomptions graves, précises et concordantes. (Article 1353) (5).

D'ailleurs, dans le cas de violence comme dans celui de dol, la partie lésée ne pouvait se procurer une preuve écrite des faits qu'elle allègue, ce qui rend, par conséquent, applicable la disposition de l'art. 1348 (6).

161. L'exception qui naît de la violence ou de la crainte est *réelle,* elle porte sur le contrat, en conséquence elle peut être invoquée par la caution qu'a fournie le débiteur, quoique cette caution ne se soit pas obligée par crainte. L. 14, § 6, ff. *hoc. tit.,* et art. 2036 (7). Mais si la caution seule a été contrainte, le débiteur ne peut opposer l'exception : même loi 14, § 6.

162. Si la violence a été commise par plusieurs, ils sont, comme délinquants, solidairement responsables des dommages-intérêts adjugés à la partie lésée (art. 55 du Code pénal) ; mais la restitution des objets et le payement des dommages-intérêt faits par l'un deux libèrent les autres vis-à-vis de la partie qui a souffert de la violence (art. 1200) (8), sans préjudice des peines et amendes qui seraient prononcées contre chacun des coupables, et des frais du procès envers l'État.

163. Si la chose livrée par l'effet de la contrainte a péri dans la main de celui qui a exercé la violence, la perte est supportée par lui, quoique la chose eût péri par cas purement fortuit ; car

(1) Voet, *ad Pandect.* tit. *Quod. metus causa,* n° 3. *Voyez* la loi 9, § 8, et la loi 14, § 5, ff. *hoc. tit.*

(2) Code de Hollande, art. 2014.

(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(4) *Voyez* en ce sens l'arrêt de la Cour de Toulouse du 7 juin 1826, et celui de la cour de cassation, confirmatif, en date du 5 février 1828, Sirey, vol. de 1828, partie 1, page 123.

(5) Code de Hollande, art. 1939.

(6) Ibid., art. 1940.

(7) Ibid., art. 1884.

(8) Ibid., art. 1316.

il était en demeure de la restituer par la nature même du fait. D'ailleurs, il peut être assimilé au voleur, sur lequel retombe la perte de la chose, de quelque manière qu'elle soit arrivée. Article 1302 (1), et L. 1, Cod. *de His quæ vi metusve causa*. Voet *ad Pandect. hoc tit.* n° 8.

Mais si la chose périt par cas fortuit chez un tiers de bonne foi, et avant qu'il ait été en demeure de la rendre, la perte n'est pas supportée par lui ; elle l'est seulement par celui qui a exercé la violence. L. 14, § 5, ff. *hoc tit.*

164. « Un contrat ne peut plus être attaqué « pour cause de violence, si, depuis que la vio- « lence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit « expressément, soit tacitement, soit en laissant « passer le temps de la restitution fixé par la loi. » (Art. 1115) (2).

Et ce temps, d'après l'art. 1304, est de dix ans depuis la cessation de la violence.

C'est là aussi une sorte d'approbation tacite, mais qui résulte du seul silence de la partie lésée; tandis que celle dont parle l'art. 1115 résulte de faits de sa part. Par exemple, s'il a démoli ou loué la maison qu'il a été forcé d'acheter, ou s'il a reçu le prix de celle qu'il avait vendue ; s'il a de même librement payé la somme qu'il avait promise dans un autre contrat : en un mot, dans tous les cas où le contrat a été volontairement exécuté depuis la cessation de la violence, il y a approbation tacite, ratification ou confirmation, d'après l'art. 1338.

Mais il faut, aux termes de ce même article, pour que l'approbation expresse résultant d'un acte soit valable, que l'on trouve dans cet acte la substance de l'obligation confirmée ou ratifiée, la mention du motif de l'action en nullité ou en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action était fondée. On a voulu prévenir les surprises.

§ III.

Du dol ou de la fraude.

SOMMAIRE.

165. *Le dol aussi vicie les contrats qui en sont entachés; ce qu'on entend par dol: droit romain.*
166. *Les Romains disaient* dolus malus; *mais, chez nous, le mot* dol *se prend toujours en mauvaise part.*
167. *Définition du dol d'après l'art.* 1116.
168. *En général, les questions de dol sont des questions de fait laissées à la sagesse des tribunaux.*
169. *Le dol qui a donné naissance au contrat,* dolus dans causam contractui, *est le seul qui soit une cause de nullité.*
170. *Quant aux tromperies commises dans le cours de l'affaire,* dolus incidens, *elles peuvent seulement donner lieu à une diminution de prix ou à des dommages-intérêts.*
171. *Divers exemples du dol* incident *fournis par le droit romain.*
172. *Les contrats dits* bonæ fidei, *auxquels le dol avait donné naissance, étaient-ils nuls de plein droit dans la législation romaine?*
173. *Lorsque le dol du vendeur portait sur des vices de la chose qui la rendaient impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou qui auraient empêché l'acheteur d'acheter s'il les avait connus, ce dol donnait lieu à la résiliation du contrat; et il en est de même sous le Code.*
174. *Le Code a conservé, quant à la nullité du contrat, la distinction des lois romaines et des auteurs entre le dol principal et le dol incident.*
175. *La distinction ne sera toutefois pas toujours facile à faire dans l'application.*
176. *Il faut que le dol ait été commis par l'une des parties pour qu'il puisse être une cause de nullité; à la différence de la violence : raisons de cette différence.*
177. *Mais la complicité de la partie contractante suffit pour faire annuler le contrat, si, sans ces manœuvres, l'autre partie n'eût pas contracté.*
178. *Et elle doit être réputée complice, quand bien même elle n'aurait personnellement rien fait pour tromper l'autre partie, si elle connaissait les manœuvres employées par le tiers, et n'en a point averti le cocontractant.*
179. *Pothier pensait même que si le contrat causait un grave préjudice à la partie, il y aurait lieu à la nullité, quand bien même l'autre partie eût ignoré les manœuvres; mais son opinion ne paraît pas avoir été adoptée par le Code.*

(1) Code de Hollande, art. 1480.

(2) Code de Hollande, art. 1363.

165. Un troisième vice dont le consentement peut être entaché, et qui donne par conséquent lieu aussi à la nullité du contrat, c'est le dol; et l'on entend par dol, toute ruse, toute machination ou manœuvre, employée pour circonvenir, décevoir et tromper quelqu'un. Les jurisconsultes romains le définissaient, *omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circonveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* L. 1, § 2 ff. *de Dolo malo;* ou bien encore : *Cum, alterius circumscribendi causa, aliud agitur, aliud simulatur.* L. 7, § 9, ff. *de Pactis.*

Cicéron, au livre III de ses *Offices,* rapporte un exemple bien remarquable de l'emploi de ces ruses ou manœuvres, par un certain Pythius, pour vendre ses jardins à Caïus Cannicus.

166. Les Romains étaient dans l'usage d'ajouter au mot *dol* l'épithète de *mauvais, dolus malus,* pour le distinguer des stratagèmes qu'on emploie envers l'ennemi, ou des ruses dont on fait usage envers un larron pour le surprendre (1); mais chez nous le mot *dol* se prenant toujours en mauvaise part, ce serait une sorte de pléonasme que de dire le *mauvais dol.*

167. Suivant le Code (art. 1116) (2), « le « dol est une cause de nullité, lorsque les ma- « nœuvres pratiquées par l'une des parties sont « telles, qu'il est évident que sans ces manœu- « vres l'autre partie n'aurait pas contracté. »

« Il ne se présume pas et doit être prouvé. »

168. La question de savoir si le dol dont se plaint une partie est ce qui l'a portée à contracter, est une question de fait, dont l'appréciation est laissée à la sagesse du juge, qui doit voir si ce sont les manœuvres alléguées et prouvées qui ont effectivement donné lieu au contrat; et sa décision à cet égard peut bien être réformée en appel

(1) L. 1, § 3, ff. *de Dolo malo.*

(2) Code de Hollande, art. 1364.

comme un *mal jugé*, mais en général elle échappe à la censure de la cour suprême.

Toutefois, si un jugement en dernier ressort, ou un arrêt, qualifie *dol* des faits qui n'offrent évidemment ni machination ni tromperie, cette fausse qualification n'est pas seulement un mal jugé, mais bien une contravention à la loi, et dès lors une ouverture à cassation, ainsi que l'a décidé la cour suprême par arrêt de cassation du 4 juin 1810. Sirey, tome X, partie I, p. 377.

169. Il n'y a donc que le dol qui a porté l'une des parties à contracter, et que, pour cette raison, les auteurs appellent dol principal, *dolus dans causam contractui*, qui soit une cause de nullité, ou pour mieux dire d'annulation. Encore ce vice n'est-il point par lui-même une cause suffisante de nullité du mariage, du moins telle est notre opinion, ainsi que celle de Pothier et de la plupart des auteurs. On peut voir ce que nous avons dit sur ce point au titre *du Mariage*, tome II, n°s 60 et 65.

170. Quant aux tromperies commises par l'une des parties envers l'autre dans les contrats ordinaires, et qui n'auraient pas fait naître dans la partie trompée l'idée et l'intention de contracter, et que les auteurs appellent pour cela *dolus incidens*, elles donnent lieu à une action en dommages-intérêts ou à une diminution de prix; car tout fait quelconque de l'homme qui nuit injustement à autrui, oblige son auteur à réparer le préjudice causé (art. 1382); mais, généralement, ce ne serait point là une action en nullité du contrat, ce serait simplement l'action née du fait, établie par cet article 1382.

171. On peut dire, en général, qu'il y a dol principal, *dolus dans causam contractui*, lorsque l'une des parties ne songeait point d'abord à contracter, et qu'elle n'a été amenée à le faire que par les manœuvres de l'autre; et qu'il y a simplement dol incident toutes les fois qu'une personne avait bien l'intention de contracter par exemple, parce qu'elle en avait elle-même fait la proposition, mais qu'elle a été trompée par l'autre partie sur quelqu'une des conditions du contrat, comme sur le prix, ou sur quelqu'un des objets compris ou qu'elle a cru compris dans le traité; de sorte que, lors même qu'il n'y aurait pas eu de dol, elle aurait également contracté, mais seulement ne l'aurait pas fait avec le même désavantage.

La loi 13, § 4. ff. *de Act. empti et venditi*, nous offre l'exemple d'un cas où le dol n'est qu'incident. Il s'agit dans cette loi d'un vendeur qui, pour vendre un esclave à un prix plus avantageux, avait déclaré que cet esclave possédait une industrie particulière, ou qu'il administrait un pécule, tandis qu'il n'en était rien : *Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut præstaret emptori quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.*

Dans le paragraphe suivant, c'est l'acheteur, au contraire, qui a trompé le vendeur, et qui, dans la vue d'acheter de lui une hérédité à meilleur marché, avait soustrait ou caché divers objets ou des titres de cette même hérédité; et le jurisconsulte Ulpien donne au vendeur l'action de vente pour obtenir ses dommages-intérêts pour tout ce qu'il a vendu de moins cette hérédité, à raison des choses soustraites.

172. Mais lorsque le dol avait effectivement donné naissance au contrat, ce contrat était sujet à rescision (1), et même, suivant le sentiment commun des docteurs, il était nul de plein droit, s'il était du nombre de ceux dits *bonæ fidei* (2).

(1) La L. 5, Code *de Rescindenda venditione*, ne parle que de la rescision, quoiqu'il paraisse cependant par les termes de cette loi qu'il s'agissait d'une espèce où c'était le dol de l'une des parties qui avait donné naissance au contrat : *Si dolo adversarii deceptum venditionem prædii te fecisse præses provinciæ animadverterit, sciens contrarium esse dolum bona fidei (quæ in hujusmodi maxime contractibus exigitur)*, RESCINDI *venditionem jubebit.*

(2) La loi 3, § 3, ff. *Pro socio*, prononce positivement la nullité de plein droit d'un contrat de société formé par suite du dol de l'une des parties : *Societas si dolo, vel fraudandi causa inita sit, ipso jure nullius momenti, quia bona fides contraria est fraudi et dolo.*

La L. 7, *princip.* ff. *de Dolo malo*, paraît être aussi dans le sens de la nullité de plein droit.

Mais quelques auteurs, notamment les professeurs de Louvain, *in Recitat. ad Pandect. tit. de Dolo malo*, prétendent qu'en principe le dol, quoique ayant donné lieu au contrat, même dans ceux dits *bonæ fidei*, comme la vente, le louage, ne le rendait pas nul de plein droit; qu'il donnait seulement une action à la partie lésée pour le faire rescinder, ce qui était loin d'être la même chose. Au surplus, dans aucun cas de dol, le contrat n'est nul de plein droit chez nous. (Art. 1117.)

173. Au reste, lorsque le dol du vendeur portait sur des vices dont la chose était entachée, quand même il n'eût été qu'incident, il eût donné lieu, en général, à la résiliation du contrat, par le moyen de l'action rédhibitoire, si le vice rendait la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou s'il diminuait tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas achetée s'il eût connu le vice. Et il en est de même sous le Code (art. 1641 en 1644 combinés). D'ailleurs, le vice par lui-même suffirait pour faire annuler le contrat, en supposant ce vice caché.

174. Il nous paraît démontré que, relativement à la maintenue ou à la rescision du contrat, le Code civil, dans l'art. 1116, a aussi adopté la distinction des jurisconsultes, entre le dol qu'ils appellent principal, *dolus dans causam contractui*, et le dol incident, puisqu'il décide que le dol n'est une cause de nullité, que lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté : ce qui ne veut pas dire, *n'aurait point contracté aux mêmes conditions*, mais ce qui veut dire, *n'aurait point formé le contrat*, n'aurait pas contracté du tout.

175. Il faut cependant convenir, d'un autre côté, que, dans tel cas, un contrat que les parties ont bien d'abord l'une et l'autre l'intention de former, n'aurait néanmoins pas lieu, ne s'achèverait pas par le défaut d'accord sur chacune de ses conditions, sans les manœuvres employées par l'un des contractants pour amener l'autre à consentir à telle ou telle de ces mêmes conditions; et alors il est vrai de dire que c'est le dol qui est la cause réelle du contrat. Aussi, comme nous l'avons déjà dit, est-ce un point laissé à la sagesse du juge, qui prendra surtout en considération l'importance de l'objet sur lequel l'une des parties a été trompée par l'autre; et s'il n'y a pas lieu d'annuler le contrat, mais cependant que l'une des parties ait été lésée par suite de la mauvaise foi de l'autre, il se bornera à prononcer les dommages-intérêts qui seraient subsidiairement demandés, et jusqu'à concurrence du préjudice souffert. Tel est l'esprit du Code; et, à cet égard, il serait dangereux de se déterminer par des arguments puisés sans précaution dans les lois romaines, qui, dans plusieurs cas où le dol évidemment n'avait pas produit le contrat, mais avait été seulement commis dans le courant de l'affaire, pour tromper l'une des parties sur tel ou tel objet, donnent à la partie lésée le droit de demander la résiliation, comme celui d'obtenir simplement une indemnité, à son choix (1).

176. Ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, il existe une importante différence entre le cas de dol et celui de violence, et cette différence existait également dans le droit romain et dans nos anciens principes.

Quand il s'agit de violence, lors même qu'elle a été exercée par un autre que celui au profit de qui la convention a eu lieu, sans aucune espèce de complicité de la part de ce dernier, ce qui sera rare, mais enfin ce qui peut arriver, puisque la loi le suppose, elle n'en est pas moins une cause de nullité (art. 1111); tandis que, d'après l'art. 1116, le dol n'est une cause de nullité qu'autant que les manœuvres ont été pratiquées *par l'une des parties*.

La raison de cette différence tient à la nature même de l'un et de l'autre de ces vices : qui que ce soit qui ait exercé la violence, il est vrai de dire que la partie n'a pas consenti librement; et si elle était obligée de prouver que c'est celui avec qui elle a contracté qui l'a violentée, ou qui a été complice de la violence, elle serait la plupart du temps dans l'impossibilité de faire cette preuve, parce que le fait de violence a pu avoir été commis par des gens qui se sont déguisés et masqués, afin de n'être pas reconnus, et d'éviter ainsi le châtiment qui les atteindrait s'ils venaient à l'être. C'est par cette raison que le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 14, § 3, ff. *Quod metus causa*, dit que la violence a en soi quelque

(1) *Voyez* notamment les L. 11, § 5, L. 13, § 27, ff. *de Action. empt. et vend.*

Au surplus, il est bon d'observer que beaucoup d'interprètes, même la plupart, font la distinction que nous faisons, en décidant que, dans le cas où le dol a réellement produit le contrat, la partie lésée a le droit d'en demander la résiliation ou des dommages-intérêts, à son choix ; mais, suivant eux, la partie ne peut demander que des dommages-intérêts ou une diminution de prix, lorsque le dol n'est qu'incident.

chose de caché par rapport à ceux qui l'exercent, et par conséquent qu'on n'est point obligé de les faire connaître : *Nam,* CUM METUS HABEAT IN SE IGNORANTIAM, *merito quis non adstringitur ut designet quis metum vel vim adhibuit; sufficit enim hoc docere metum sibi illatum.*

Mais cette raison ne s'applique point au dol, qui suppose de la confiance de la part de la personne trompée en celui qui l'a déçue ; c'est sa faute de s'être fiée trop légèrement à lui, et le préjudice qu'elle éprouve n'est pas un motif suffisant d'annuler un contrat fait de bonne foi par l'autre partie, et qui a d'ailleurs une juste cause, ainsi qu'on le suppose, car, sans cela, l'acte serait annulable sous un autre rapport. Ajoutez que la partie lésée par le dol a une action en dommages-intérêts contre celui qui l'a trompée, qu'elle le connaît, et que l'on doit naturellement le supposer solvable, parce qu'on ne place pas ordinairement sa confiance en ceux qui n'ont rien à perdre: si on le fait, on doit s'imputer sa témérité. Tandis que cette action en dommages-intérêts, dans le cas de violence, pourrait être sans effet, ou parce qu'on ne connaîtrait pas celui qui a exercé la violence, ou parce qu'il serait insolvable, attendu que des faits de cette nature, qui exposent à des peines graves, ne sont pas ordinairement commis par des personnes aisées.

177. Du reste, il ne faut pas douter que, dans le cas de dol comme dans celui de violence, le contrat ne fût également annulable, si la partie était complice; car le complice est aussi coupable que l'auteur même du fait ; et c'est par ce motif que les lois criminelles le punissent, en général, de la même peine. (Art. 59 du Code pénal.)

178. Bien mieux, lors même que cette partie n'aurait fourni à l'auteur du dol aucun moyen pour le commettre, et que, sous ce rapport, elle ne serait point rigoureusement complice dans le sens des lois pénales, néanmoins si elle avait, lors du contrat, connaissance des manœuvres et n'en avait pas averti l'autre partie, il y aurait également lieu à la nullité. Ce ne serait pas là, en effet, une simple dissimulation, qui, ordinairement, ne suffit pas pour constituer un dol caractérisé; ce serait une association illicite à un fait illicite, dans la vue d'en profiter, et qui rendrait le contrat annulable, s'il n'eût point été formé sans les manœuvres.

179. Pothier pensait même que, quoique la partie contractante eût été entièrement étrangère à la fraude pratiquée par le tiers, et n'en eût pas eu connaissance au moment du contrat, ce contrat ne devait pas moins être rescindé, s'il causait un grave préjudice à l'autre partie; car, disait-il, du moment que l'on veut tirer avantage d'une convention qui n'est, en réalité, que le résultat de la fraude, on s'associe à cette fraude, et c'est le cas de dire, avec le jurisconsulte Paul, dans la loi 36, ff. *de Verb. oblig.: Etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet, idem est : cum enim quis petat ea ea stipulatione, hoc ipso dolum facit, quod petit.*

Mais l'opinion de Pothier, quelque équitable qu'elle soit, ne serait cependant pas admissible sous le Code : l'article 1116 s'y opposerait. D'ailleurs, indépendamment de l'action en dommages-intérêts qu'aurait la partie lésée contre le tiers qui lui a nui malicieusement, cette partie pourrait invoquer la nullité de l'obligation pour défaut de cause ou fausse cause, si, en effet, la cause manquait ou était fausse ; ce qui arrivera facilement en pareil cas dans les promesses unilatérales. Et elle pourrait aussi en demander la nullité pour erreur, si, effectivement, il y avait erreur tombant sur la substance même de la chose qui ferait la matière du contrat. Toutes ces considérations, jointes à la disposition positive de l'article 1116, qui exige évidemment que les manœuvres aient été pratiquées par *l'une* des parties, pour pouvoir vicier le contrat, ne permettent donc pas d'adopter l'opinion de Pothier sur ce point particulier.

180. Au surplus, de ce que nous disons que, lorsque le dol a été pratiqué par un tiers, sans complicité de la part de celui au profit de qui l'engagement a été contracté, et sans qu'il en ait eu alors connaissance, il n'y a pas lieu à annuler le contrat sur le fondement du dol, il n'en faut pas conclure que, lorsque la fraude aura été commise par l'un des contractants, les tiers détenteurs des immeubles livrés par suite de ce contrat vicieux ne pourront être attaqués par la partie

lésée : rien dans la loi n'autoriserait une pareille conclusion.

En effet, la partie n'a pu leur transmettre que les droits qu'elle avait, par conséquent des droits affectés de la chance de résolution, comme ils l'étaient dans sa main. L'article 2125 (1) le décide d'une manière générale, absolue, sans aucune distinction, relativement aux hypothèques, en disant que « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un « droit suspendu par une condition, ou résolu- « ble dans certains cas, ou *sujet à rescision*, ne « peuvent consentir qu'une hypothèque soumise « aux mêmes conditions, ou à la même resci- « sion. »

L'article 2182 (2) le décide aussi relativement à la propriété, en ces termes : « Le vendeur ne « transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait « lui-même sur la chose vendue. »

Et l'article 1681 (3) donne évidemment au vendeur l'action en rescision pour cause de lésion (moins favorable que celle qui résulte du dol) contre un tiers sous-acquéreur.

D'ailleurs, l'article 1109 porte formellement qu'il n'y a pas de consentement valable (et par conséquent point de contrat valable : art. 1108), si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence, ou *surpris par dol*. Or, s'il n'y a pas de contrat valable, la partie qui a commis le dol n'a pu acquérir d'une manière absolue la propriété des biens en vertu d'un tel acte ; et si elle ne l'a point acquise, elle n'a pu la transmettre à d'autres.

Objecterait-on que le dol n'a que des effets personnels, et que c'est pour cela qu'il doit avoir été commis par la partie elle-même pour être une cause de nullité du contrat? Mais nous convenons bien qu'il faut, effectivement, que le dol ait été commis par l'une des parties pour vicier l'engagement et produire l'action en nullité, et qu'il n'y a que cette partie et ses héritiers qui soient passibles des dommages-intérêts à raison du fait : sous ce rapport, sans doute, le dol produit uniquement des effets personnels, parce que ce sont là des effets directs. Aussi l'action de dol n'a jamais pu être exercée que contre celui qui l'avait commis; elle n'était même pas donnée, dans le droit romain, contre ses héritiers : ceux-ci étaient seulement tenus de l'action *in factum*, et encore uniquement jusqu'à concurrence de ce dont ils avaient profité du dol de leur auteur. Mais il ne s'agit pas de l'action de dol, et, à cet égard, il faut éviter toute équivoque; il s'agit de la nullité, ou, si l'on veut, de l'annulation d'un contrat qui n'a été formé que par suite d'un dol, d'une fraude qui a vicié le consentement de la partie lésée ; et, une fois ce contrat rescindé ou annulé, alors le principe que personne ne peut transmettre à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même, exerce son empire. Sous ce point de vue, le dol produit indirectement des effets contre les tiers.

Dira-t-on aussi que les tiers ne doivent pas souffrir de la faute de la partie qui a mal placé sa confiance et qui s'est laissé tromper ; que si cette partie n'eût pas contracté, l'autre n'aurait pas eu le moyen de les induire en erreur sur la nature de ses droits? qu'ils n'ont pu voir dans son titre un vice tel que le dol? Mais pour que ces objections fussent décisives, il faudrait dire aussi que, dans le cas d'erreur, la partie qui s'est trompée elle-même a encore bien moins le droit d'agir contre les tiers détenteurs des biens aliénés ; car elle doit encore bien mieux s'imputer son erreur ; et s'il était un cas où le principe : *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*, devait souffrir exception, certainement c'était bien dans celui d'erreur, *quia inter errantem et patientem nulla est dubitatio,* cependant le Code n'en fait pas : il dit sur ce cas, comme sur ceux de dol ou de violence, qu'il n'y a pas de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur. Or, encore une fois, s'il n'y a pas de consentement valable, il n'y a pas de contrat valable, ni de transmission valable de propriété ; et celui qui a reçu la chose en exécution d'un tel contrat n'a pu la transmettre que telle qu'elle était dans sa main : une revente des biens par cette partie n'a pu enlever à celle qui s'est trompée ou qui a été trompée, les droits qu'elle avait encore sur ces mêmes biens, au moyen de l'action en nullité que la loi lui donnait, parce que celui qui a une action pour recouvrer une chose,

(1) Code de Hollande, art. 1215.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

est censé avoir la chose elle-même : *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. L. 15, ff. *de Regul. juris*. Cette action en rescision, pas plus dans le cas de dol que dans ceux d'erreur ou de violence, n'a pas été limitée, quant aux biens eux-mêmes, au seul temps pendant lequel ils seraient encore dans la main de l'autre partie : elle est donnée indistinctement pendant dix années, à compter du jour de la découverte du dol, et elle est attribuée à la partie avec toutes les conséquences attachées au droit de propriété improprement aliéné, ou plutôt réellement conservé, au moyen de l'effet de la *nullité* du contrat.

La bonne foi des tiers n'est point une assez puissante considération pour faire taire ce droit : elle ne sera d'ailleurs point stérile ; elle leur fournira le moyen d'acquérir la propriété des biens par la prescription de dix et vingt ans, s'ils ont un juste titre (valable aussi sous le rapport de la forme), et de gagner les fruits tant qu'ils seront de bonne foi ; mais, en général, ce sont là les effets que produit la bonne foi.

Ajoutez que le système contraire aurait les plus graves inconvénients : si la partie qui a commis la fraude était insolvable, elle ne manquerait pas de s'empresser de vendre aussitôt les biens à tout prix, et, de cette manière, elle rendrait ainsi absolument illusoire l'action en nullité dans la main de la partie trompée. Si, d'un autre côté, il y a quelque inconvénient à ce que les tiers de bonne foi soient exposés à souffrir un préjudice par suite de l'insolvabilité de leur vendeur, contre lequel alors ils n'auraient qu'un stérile recours en garantie, cet inconvénient se rencontre dans bien d'autres cas, et les lois l'ont prévu, en établissant précisément une prescription par un laps de temps bien plus court que lorsque la bonne foi n'existe pas, et en faisant aussi gagner les fruits à ceux qui l'ont en leur faveur.

Nous n'insistons autant sur cette question que parce que nous l'avons vu livrer à une vive controverse, sur le prétexte que le dol produit uniquement des effets personnels, qu'il peut seulement donner lieu à des dommages-intérêts, et que c'est dans ces dommages-intérêts que se trouve aussi comprise l'annulation du contrat ; mais que cette annulation et les effets qui s'ensuivent n'ont lieu qu'entre les parties et leurs héritiers. Tout cela est arbitraire ; la loi, dans les art. 1108, 1116, 1117, 1304 et autres, parle expressément de la nullité ou rescision du contrat ; et si le dol a des effets personnels, c'est en ce sens que, pour donner lieu à la nullité de la convention, il doit, à la différence de la violence, avoir été commis par la partie contractante. Mais ce cas réalisé, le contrat annulé ou rescindé, les effets contre les tiers doivent être les mêmes, soit qu'il s'agisse de dol, d'erreur ou de violence. Tel est l'esprit du Code ; toutes ses dispositions en font foi : aucune, pas même l'art. 1116, dont on a faussement argumenté, ne peut prêter un appui à l'opinion contraire.

Voet, *ad Pandectas*, tit. *de Dolo malo*, n° 3, démontre clairement, selon nous, par plusieurs textes du droit romain analysés et combinés, que, dans les principes de cette législation, le dol principal, *dolus dans causam contractui*, rendait nuls *ipso jure* les contrats dits *bonæ fidei* (1) qui en étaient entachés, et que la propriété n'était point aliénée d'après de tels contrats, parce qu'une tradition nue ne suffit pas pour la transférer ; qu'il faut une juste cause à cet effet, ainsi que le décide nettement la loi 31, ff. *de Acquir. rer. dominio ;* en conséquence, que la partie lésée avait la revendication contre les tiers et tout détenteur quelconque des biens livrés sous l'influence, toujours subsistante, du dol, tant que ces tiers n'en avaient pas acquis la propriété par le moyen de la prescription. Et cet auteur cite, à l'appui de son sentiment, celui d'une foule

(1) Comme la vente, le louage, la société, etc., on les appelait de *bonne foi*, par opposition aux contrats de droit *strict*, tels que la stipulation, le prêt de consommation, dans lesquels le juge avait un pouvoir de juger circonscrit par la formule tracée par le préteur ou magistrat, et ne pouvait rien adjuger au delà au demandeur ; et cette formule était calquée sur les termes mêmes de la convention. Au lieu que dans les contrats *bonæ fidei*, le juge avait une puissance de juger plus étendue, parce que la formule était conçue de manière à la lui donner : il devait juger *ex æquo et bono ;* aussi, pouvait-il, selon la nature de l'affaire, accorder des intérêts, quoiqu'ils n'eussent pas été convenus, par exemple, dans la vente d'une chose productive de fruits, il accordait les intérêts au vendeur à partir du jour où l'acheteur était entré en jouissance ; tandis qu'en matière de stipulation ou de prêt, il n'eût pu adjuger des intérêts qui n'auraient pas été stipulés. Du reste, la bonne foi devait présider à tous les contrats.

de savants jurisconsultes ; il dit aussi que la question a été généralement jugée en ce sens par les cours de la Hollande et de la Belgique.

Or, chez nous, tous les contrats sont réputés de bonne foi (1). Il est vrai que la nullité n'a pas lieu de plein droit, qu'il faut la demander en justice (article 1117) (2) ; mais cette différence n'importe en rien quant à la solution de la question ; car le droit d'obtenir l'annulation du contrat représente la propriété dans la main de la partie, et fait que l'auteur du dol n'a pu transmettre à d'autres des droits qu'il n'avait pas, ou, en d'autres termes, qu'il n'a pu transmettre que ceux qu'il avait, par conséquent des droits affectés de l'effet de la résolution ou résiliation de son titre.

Ce serait donc une pure imagination de prétendre que, sous le Code, la rescision ou la nullité d'un contrat pour cause de dol n'est rien autre chose qu'une demande en dommages-intérêts voilée sous cette demande en nullité ou rescision, et que ces dommages-intérêts ne peuvent être prononcés que contre la partie contractante qui a commis le dol, ou contre son héritier. Cela n'est pas plus vrai dans le cas de dol que dans celui de violence commise par la partie elle-même ; nous le prouvons invinciblement par l'art. 1109, qui fait tomber le vice de dol *sur le consentement* lui-même, pour l'entacher et le rendre nul, et qui met ce vice absolument sur la même ligne que celui d'erreur ou de violence, sous la condition exprimée par l'article 1116, que le dol aura été commis par l'une des parties, et que les manœuvres auront été telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Or nous supposons que les choses se sont ainsi passées, que cela est reconnu en fait.

Peu importe que la demande en révocation d'une donation formée pour cause d'ingratitude, ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aurait pu imposer sur les biens donnés, pourvu que ces actes soient antérieurs à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription (art. 958) ; il n'y a aucune parité entre ce cas et celui d'un contrat infecté de dol. Ce contrat est vicié dès le principe, tandis que la donation, dès le principe, était pure, et il n'a pas dû dépendre ensuite du donataire, en se rendant ingrat, de faire évanouir les droits qu'il avait conférés à des tiers sur les biens donnés. Bien mieux, les actes consentis depuis le fait d'ingratitude, mais avant l'inscription de la demande en révocation en marge de la transcription, sont maintenus à l'égard des tiers, sauf le recours du donateur contre le donataire, parce que ces tiers n'ont pu connaître ce fait, et qu'ils traitaient avec un individu encore propriétaire des biens. En un mot, il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une *rescision* ou d'une *annulation* de contrat ; il s'agit seulement de la *révocation* d'un bienfait. Tandis que dans le cas d'un contrat auquel le dol seul de l'une des parties a évidemment donné naissance, il s'agit d'une rescision ou annulation de contrat, comme cela est démontré par les art. 1108, 1109, 1116, 1117 et 1304 combinés.

181. Comme le dol renferme toute espèce de ruses et de machinations, il s'ensuit qu'il a une foule de nuances. Mais il ne faut pas croire pour cela, même en ce qui touche simplement les dommages-intérêts, que toute espèce de mauvaise foi soit un dol dans le sens de la loi. Car, lorsqu'un marchand exalte la valeur de sa marchandise, qu'il en vante sciemment la qualité bien au-dessus de ce qu'elle est en effet, quoiqu'on puisse dire, dans ce cas : *Aliud simulari, aliud esse*, néanmoins il n'y a pas dol, s'il n'a point employé d'autres moyens pour tromper l'acheteur ; et la vente sera très-valable, si d'ailleurs la chose n'est point entachée de vices rédhibitoires. « Une partie, dit Pothier (3), ne doit « pas être écoutée à se plaindre de ces légères « atteintes que celui avec qui elle a contracté « aurait données à la bonne foi, autrement il y « aurait un trop grand nombre de conventions « qui seraient dans le cas de la rescision ; ce qui « donnerait lieu à trop de procès, et causerait

(1) Bien que le Code ait conservé, dans quelques-uns des effets, notamment en ce qui concerne les intérêts, la différence qui existait dans le droit romain entre les contrats dits *stricti juris* et les contrats dits *bonæ fidei*. Rapprochez surtout les art. 1153, 1630, 1846 et 2001. — (2) Code de Hollande, art. 1485.

(3) *Des Obligations*, n° 30.

« un dérangement dans le commerce. » C'est en ce sens que l'on dit communément que le vendeur et l'acheteur, le locateur et le locataire peuvent *licitement* se tromper sur la valeur ou le prix de la chose vendue ou louée, ainsi que le décident une foule de textes du droit romain, notamment les L. 8, *Cod. de Rescind. vendit.;* L. 16, § *penult.* ff. *de Minorib.* (1); L. 22, § *ult.* ff. *Locati-conducti.*

182. La simple dissimulation, par l'une des parties, d'un fait qu'il importait à l'autre de connaître, et dont la connaissance eût même pu l'empêcher de former le contrat, ou du moins de le former aux mêmes conditions, est peut-être, dans quelques cas, une sorte de dol dans le for intérieur, mais non dans le sens de la loi, lorsque ce fait est indépendant du contrat en lui-même et des conditions qui s'y rattachent. Tel est le cas traité dans le III[e] livre des *Offices* de Cicéron, où il est question d'un marchand de blé arrivé à Rhodes dans un temps de disette, avant un grand nombre d'autres vaisseaux pareillement chargés de blé, et qui avait exposé le sien au marché, sachant qu'il était suivi de ces vaisseaux. Cicéron demande si le marchand devait ou non avertir les Rhodiens de cette circonstance ; il rapporte sur cette question les sentiments de deux philosophes stoïciens, Diogène et Antipater : le premier pensait que le marchand pouvait licitement dissimuler la connaissance qu'il avait des vaisseaux qui le suivaient, et vendre son blé au prix courant. Antipater, son disciple, dont Cicéron paraît adopter le sentiment, pensait, au contraire, que cette dissimulation était opposée à la bonne foi.

Il est inutile de dire que de semblables questions ne peuvent être agitées que sous le rapport du for intérieur, et non sous celui du droit civil. Aussi Pothier lui-même (2), un des jurisconsultes les plus scrupuleusement attachés aux principes de la pure équité, dit-il que « l'opinion de Ci- « céron souffre beaucoup de difficultés, *même « dans le for de la conscience,* et que la plupart « de ceux qui ont écrit sur le droit naturel l'ont « regardée comme outrée. »

(1) *In pretio emptionis et venditionis*, dit cette loi, *naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.*

(2) *Traité du Contrat de vente*, part. II, chap. II, n° 242.

183. Mais il a été jugé, avec raison, en cassation (3), que celui qui, par les qualités qu'il avait prises dans un procès, par le mode de procéder qu'il avait adopté, avait entretenu, à dessein, son adversaire dans une erreur qui avait fini par lui être préjudiciable en causant une prescription, s'était rendu coupable de dol, et devait répondre des dommages-intérêts résultant de l'erreur qu'il avait causée et dont il avait profité.

184. Toutefois, la cour suprême elle-même a jugé, par arrêt de cassation (4), que les simples promesses fallacieuses ne constituent pas toujours un dol, et que celui qui s'en prétend victime n'est point autorisé, sous prétexte de dol ou de fraude, à invoquer l'art. 1348, aux fins d'être admis, par exception à l'art. 1341, à prouver par témoins le fait de la promesse; notamment, que le vendeur avec faculté de rachat qui a laissé passer le délai convenu, sur la prétendue promesse faite par l'acheteur d'une prolongation de ce délai, n'est pas recevable à faire par témoins, sans aucun commencement de preuve par écrit, la preuve de cette promesse; qu'il ne doit, si elle a lieu, accuser que sa facilité et son aveugle confiance de s'y être fié trop légèrement. En conséquence, l'arrêt réforma une décision de la cour de Turin qui avait admis la preuve testimoniale d'une telle promesse, sous prétexte qu'il y avait eu dol à la faire pour ne la pas tenir, et induire par là le vendeur dans une fausse sécurité, qui lui est devenue fatale, en laissant passer le délai utile pour exercer le réméré.

185. La dissimulation du vendeur à l'égard des vices cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas achetée s'il les avait connus, n'est pas par elle-même ce qui donne lieu à la résiliation du contrat : c'est l'existence de ces vices qui le rend résiliable, puisqu'il l'est lors même que le vendeur ne les aurait pas connus, à moins, dans ce cas, qu'il n'eût stipulé qu'il ne serait tenu à aucune garantie.(Art. 1643) (5). Mais cette dissimulation est un dol, dont le vendeur serait res-

(3) Arrêt de rejet du 5 février 1811. (Sirey, 1812, I, p. 153.)

(4) Arrêt du 2 novembre 1812. (Sirey, 13, I, 146.)

(5) Code de Hollande, art. 1542.

ponsable envers l'acheteur, qui aurait le droit de demander, outre la résiliation du contrat, des dommages-intérêts pour le préjudice que les vices lui auraient causé (art. 1645) (1), lors même que le vendeur aurait stipulé qu'il ne serait tenu à aucune garantie ; car cette stipulation n'affranchit jamais de l'obligation d'être de bonne foi (art. 1628) (2), et la bonne foi voulait qu'en faisant la vente et la stipulation dont il s'agit, le vendeur avertît l'acheteur des vices de la chose. Aussi n'est-il exempt de tous dommages-intérêts, que lorsqu'il ignorait ces vices : alors il est simplement tenu à la restitution du prix et aux frais occasionnés par la vente (art. 1646) (3) ; et si la chose a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est supportée par lui (1647) (4).

186. Quant à la nullité du contrat, le dol commis par le tuteur, le mandataire de la partie, ou toute autre personne qui la représente, est considéré comme s'il avait été commis par la partie elle-même. C'est ce que décide la loi 15, ff. *de Dolo malo*, qui doit trouver son application dans notre droit. Mais, en général, les dommages-intérêts ne pourraient être réclamés que contre le tuteur ou le mandataire, à moins que le mandant n'eût spécialement commandé aussi les faits de dol, ce qui ne se présumerait pas. Le mandant n'est point tenu de ce que le mandataire a fait au delà des pouvoirs qu'il lui avait donnés. (Article 1998) (5). Toutefois, la partie ne devant point profiter du dol, elle serait tenue de restituer ce qui aurait réellement tourné à son avantage par l'effet de la fraude.

187. Et lorsque le dol a été commis par le mandataire ou le proxénète au préjudice du mandant ou commettant, sans complicité de la part de l'autre partie, le mandant a contre le mandataire l'action de mandat, ou toute autre analogue, pour se faire indemniser du préjudice souffert ; mais elle n'en a point, quant à cet objet, contre la partie étrangère au dol.

188. Si j'ai contracté avec quelqu'un qui n'a point, à la vérité, employé de manœuvres pour me circonvenir, mais qui m'a cependant induit en erreur sur un fait dont la croyance seule m'a pu porter à contracter, je puis, selon les circonstances, demander la résiliation de mon engagement, encore que l'erreur ne tombât que sur le simple *motif* de cet engagement, et non sur la *cause* qui en formait le lien. Car celui qui, par sa faute, son imprudence ou sa négligence, me fait un préjudice, est obligé à le réparer (art. 1382 et 1383); or la réparation, dans ce cas, consiste à me libérer de mon engagement.

189. Le dol de la partie adverse, dans le cours d'un procès, donne ouverture à la requête civile. (Art. 480-1° et 10°, Cod. de procéd. civ.)

190. Le faux, ou la falsification des actes publics ou privés, est un dol, et ce dol est réputé crime. (Art. 140 et 150, Cod. pén.)

191. L'abus d'un blanc seing par celui à qui il a été remis de confiance est un délit (art. 307, *ibid.*) : dans le cas où l'abus a été commis par celui à qui le blanc seing n'avait pas été confié, cet abus est un crime. (*Ibid.*)

192. Le stellionat est aussi un dol, mais il n'est point rangé dans la classe des crimes, ni même des délits ; il donne seulement lieu à prononcer la contrainte par corps contre celui qui l'a commis, pour le contraindre davantage à l'exécution de l'obligation qu'il doit remplir (art. 2059, Cod. civ.); et il le rend indigne du bénéfice de cession. (Art. 905, Cod. de procéd.)

Il y a stellionat lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ; ou lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés. (Même art. 2059.)

193. C'est un principe constant, que, pour qu'il y ait lieu à appliquer une peine correctionnelle pour cause de dol commis en matière de contrat il faut que ce dol ait donné naissance au contrat, et qu'il porte, en outre, les caractères d'un délit ;

(1) Code de Hollande, art. 1545.
(2) Ibid., art. 1530.
(3) Ibid., art. 1545.
(4) Code de Hollande, art. 1546.
(5) Ibid., art. 1844.

que, s'il n'a été pratiqué qu'incidemment, dans le cours d'une affaire ou négociation, il n'est point dans les attributions des tribunaux de police correctionnelle, et peut simplement donner lieu à des réparations civiles.

Ce principe est fondé sur la lettre et l'esprit des lois pénales (art. 4 et 405 du Cod. pén. combinés). Cependant, en cette matière, il se fait quelquefois une confusion bien fautive des règles qui la régissent : l'on voit déférer aux tribunaux correctionnels des affaires qui sont uniquement du ressort de la juridiction civile, ce qui oblige par conséquent ces tribunaux à se déclarer incompétents, et ce qui en effet arrive ordinairement.

L'art. 405 du Code pénal prévoit et punit l'espèce de dol qualifié *escroquerie*, et les articles 406, 407, 408 et 409 du même Code, statuent sur le dol qualifié *abus de confiance*.

Mais, pour qu'il y ait *escroquerie*, suivant le premier de ces articles, il faut que quelqu'un, « soit en faisant usage de faux noms ou de fausses « qualités, soit en employant des manœuvres « frauduleuses pour persuader l'existence de « fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un « crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espé« rance ou la crainte d'un succès, d'un accident « ou de tout autre événement chimérique, se « soit fait remettre ou délivrer des fonds, des « meubles, ou des obligations, dispositions, « billets, promesses, quittances ou décharges, « et ait, par un de ces moyens, escroqué ou « tenté d'escroquer la totalité ou partie de la « fortune d'autrui. »

Dans ce cas, la peine est d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus. Et le coupable peut, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, être interdit, pendant cinq ans au moins, et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du même Code; le tout, sauf les peines plus graves, s'il y a crime de faux.

On voit que cette disposition punit les manœuvres mises en usage pour s'approprier frauduleusement tout ou partie de la fortune d'autrui. L'une de ces manœuvres consiste à faire usage de faux noms ou de fausses qualités ; les autres n'ont point été spécifiées et ne pouvaient guère l'être sans inconvénient, parce que la fraude prend mille et mille formes pour arriver à ses fins, suivant les circonstances et la mesure d'intelligence ou de crédulité de ceux contre qui elle est dirigée. Mais, quelle que soit l'espèce de fraude qui ait été mise en pratique, il est nécessaire, pour que celui qui l'a commise soit justiciable de cette disposition, qu'il l'ait employée pour persuader l'existence de fausses entreprises, ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident, ou de tout autre événement chimérique, dans le but de s'approprier tout ou partie de la fortune d'autrui; sinon, la fraude n'est plus qu'une espèce de dol ordinaire, dont les tribunaux civils doivent seuls connaître, et sur la demande de la partie lésée.

C'est pour prévenir ces fausses applications de la peine de l'escroquerie, observe M. Merlin dans son *Répertoire*, v° *Escroquerie*, en note, que les rédacteurs du Code pénal de 1810 ont omis dans l'art. 405 de ce Code le mot *dol*, qui se trouvait dans l'art. 35 du titre II de la loi du 22 juillet 1782. « La suppression du mot *dol*, « qui se trouvait dans les précédentes lois, a « dit M. Faure, conseiller d'État, dans l'exposé « des motifs de cette partie du Code pénal « de 1810, ôtera tout prétexte de supposer qu'un « délit d'escroquerie existe par la seule intention « de tromper. En approfondissant les termes de « la définition, on verra que la loi ne veut pas « que la poursuite en escroquerie puisse avoir « lieu sans un concours de circonstances et « d'actes antécédents qui excluent toute idée « d'une affaire purement civile.

On a en effet voulu prévenir ce genre de fraude qui, dans la corruption des mœurs, s'exerce avec une trop grande facilité envers les gens simples et crédules : aussi n'a-t-on pas jugé suffisant d'anéantir les engagements qui en auraient été la suite : on a établi, en outre, des peines sévères contre les auteurs de ce délit. Mais ces peines ne doivent pas être étendues à d'autres cas : les analogies ne sont point admises en matière criminelle; l'art. 4 du Code pénal les repousse hautement, en prévoyant que des actions coupables (qu'il appelle même *crimes*), pourraient, de fait, être commises, et ne doivent cependant être punies d'aucune peine, si elles n'étaient

point punissables d'après la loi lorsqu'elles ont eu lieu.

194. Dans l'ancienne jurisprudence, ce n'était que bien rarement que le dol donnait lieu à une poursuite extraordinaire ou criminelle.

Chez les Romains, l'action de dol était infamante ; mais, pour cette raison, on ne pouvait l'intenter que lorsqu'il n'y avait pas d'autre action ou moyen pour recouvrer ce que l'on avait perdu par suite du dol. L. 1, *princip.;* et L. 7, *princip.*, ff. *de Dolo malo*. Cette action n'avait jamais lieu lorsque le préjudice était minime ; et il était réputé tel lorsqu'il n'excédait pas deux écus d'or (1). L. 10, ff. *de Dolo malo.*

195. Le dol, avons-nous dit précédemment, ne se présume pas : il doit être prouvé. (Article 1116.)

Il doit même l'être, comme disent les lois romaines, *idoneis testibus, vel apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis ac luce clarioribus.* L. *ult.* Code *de Probat.*

Le dol ne se présume pas, et néanmoins l'article 1353 (2) permet aux juges de le décider par des *présomptions* graves, précises et concordantes, lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude. Mais cette disposition n'est point contraire à celle de l'article 1116. Non, le dol ne se présume pas, c'est-à-dire, ne se *suppose* pas, quelle que soit la personne avec laquelle le contrat attaqué pour cette cause a été passé; cette personne eût-elle été déjà condamnée pour fait de fraude. C'est, au contraire, la bonne foi qui est *toujours* présumée : et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver. (Art. 2268) (3). Mais, de ce que le dol, par lui-même, ne se présume point, il ne s'ensuit pas que le magistrat ne doive pas peser dans sa sagesse toutes les circonstances du fait, lorsque l'acte produit devant lui est attaqué pour cause de fraude; au contraire, il est de son devoir de rechercher la vérité par tous les moyens qui peuvent raisonnablement conduire à la découvrir; et si tel fait *connu*, prouvé, conduit naturellement à croire à l'existence de tel fait *inconnu*, qui serait le fait de fraude allégué, alors ce dernier fait lui-même est prouvé, parce que les présomptions, si elles ne sont pas absolument des preuves, tiennent néanmoins lieu de preuves dans les cas déterminés par la loi. Le dol, alors, se trouve établi par les circonstances du fait, et non par simple présomption ou conjecture. En un mot, la loi n'a pas voulu que le dol pût être arbitrairement supposé dans aucun cas ; mais elle a permis de le démontrer par des circonstances du fait, déjà connues, ou prouvées, et desquelles le magistrat, par voie de conséquence, tirera la preuve *morale* de l'existence du fait inconnu, qui est l'objet de son investigation. S'il n'en eût été ainsi, la fraude aurait été trop souvent couronnée du succès ; car celui qui emploie le dol pour s'approprier le bien d'autrui, ne laisse pas, autant qu'il est en lui, de preuves formelles et positives de ses manœuvres.

196. La preuve des faits de fraude et de dol peut même être faite par témoins, encore qu'il n'existât de ces faits aucun commencement de preuve par écrit. Cela n'est susceptible d'aucun doute lorsque le dol a le caractère de l'escroquerie, parce qu'alors il est un délit qualifié, et que la preuve des délits, devant les tribunaux chargés de les réprimer, a lieu par témoins, sans aucune des restrictions apportées par les lois civiles ; mais cette décision s'applique même aux cas où un acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol devant les tribunaux civils ; car il est vrai de dire que la partie trompée n'a pu se procurer une preuve littérale du fait dont elle se plaint, ce qui rend applicable la disposition de l'article 1348, et donne lieu, par conséquent, à admettre la preuve testimoniale, encore que l'intérêt de la cause fût au-dessus de cent cinquante francs.

Sans doute il est dangereux d'abandonner le sort des actes à la foi, souvent douteuse, de quelques témoins; mais, d'un autre côté, il serait trop à craindre d'assurer à la fraude un succès certain, en écartant le seul genre de preuve que puisse avoir, dans la plupart des cas, celui qui a été circonvenu et trompé. Aussi l'opinion com-

(1) Sur l'estimation de l'écu d'or des Romains, *voyez* Cujas, 19, *Observ.* 21.

(2) Code de Hollande, art 1959.

(3) Ibid., art. 2002.

mune des auteurs admet-elle cette preuve. Jousse, sur l'art. 4 du titre XX de l'ordonnance de 1667, s'exprime ainsi : « La preuve des faits de fraude « et de dol peut aussi se faire par témoins, « ainsi que des faits de force et de violence que « l'on prétend avoir eu lieu dans le contrat, ou « autre acte ; parce que, le plus souvent, il est « impossible de faire ces sortes de preuves autre- « ment (1). »

L'article 1353 paraît, à la vérité, contraire à cette décision : il porte que le magistrat ne doit se décider par le secours des présomptions, que lorsqu'elles sont graves, précises et concordantes, *et dans le cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.*

Or, dira-t-on, si la preuve testimoniale était admissible quand l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol, ces derniers mots de l'article, *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol,* n'auraient aucun sens ; ils n'établiraient point une exception à la règle que les présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat ne doivent déterminer sa décision que dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales ; cependant, ils paraissent évidemment en faire une.

Sans doute cette rédaction prête à cette interprétation, mais on ne doit pas s'y arrêter. Ce n'est pas en effet de quelques mots jetés dans un article qui n'avait pas pour objet spécial d'établir la manière dont se prouverait le dol, ni surtout de décider s'il pourrait ou non se prouver par la seule preuve testimoniale, qu'on doit inférer que les rédacteurs du Code ont entendu exclure cette preuve : ils ont seulement voulu déterminer dans quel cas le magistrat pourrait juger d'après les présomptions qu'ils ont abandonnées à sa sagesse. Ce serait même contraire à l'esprit dans lequel cet article a été conçu ; car, si les présomptions dont il parle ne doivent être admises que dans les cas où la preuve par témoins pourrait l'être ; et même si le juge peut les rejeter comme les admettre, tandis qu'il ne pourrait rejeter la preuve testimoniale, c'est bien parce que ces mêmes présomptions n'offrent pas aux yeux du législateur plus de certitude que la preuve testimoniale elle-même, qu'elle en offre moins encore ; or, si elles sont cependant admissibles dans le cas où l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude, par la même raison la preuve testimoniale, qui est considérée comme présentant tout autant de garantie de la vérité du fait, doit-elle être pareillement admise.

197. Le dol engendrant une exception péremptoire de nullité, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ont été telles, que, sans ces manœuvres, l'autre n'aurait pas contracté, il s'ensuit que la caution de celui qui s'est obligé par suite de dol peut argumenter de ce vice, comme le débiteur lui-même, pour faire anéantir son engagement. (Art. 2036.)

198. La ratification du débiteur depuis le cautionnement ne saurait même enlever à la caution ce moyen de libération (art. 1338 *in fine*), si elle n'avait aussi ratifié : car dès que la caution a acquis un moyen de libération, même par un fait personnel du débiteur, il ne dépend plus de celui-ci de le lui ravir. La loi 62, ff. *de Pactis* consacre formellement ce principe, sur lequel nous aurons plus d'une fois occasion de revenir dans la suite.

199. De même qu'un contrat entaché de violence ne peut plus être attaqué pour cette cause lorsqu'il a été approuvé expressément ou tacitement, ou lorsque la partie a laissé passer le temps de la restitution fixé par la loi, ainsi un contrat infecté du vice de dol ne peut non plus être attaqué après qu'il a été ratifié, ou volontairement exécuté, ou lorsque le délai de la restitution est expiré. (Art. 892, 1338 et 1304.)

§ IV.

De la lésion.

SOMMAIRE.

200. *En général, on entend par lésion, le préjudice résultant d'une appréciation erronée des choses qui sont la matière de certains con-*

(1) Telle est aussi la décision de *Charondas*, en ses *réponses*, liv. VII, chap. CLXXXVII ; de Mornac, sur la L. *Dolum*, au Code, tit. *de Dolo malo* ; de d'Argentré, sur l'art. 269 de la coutume de Bretagne, v° *Fraude* ; et enfin de Pothier, *des Obligations*, n° 765.

trats, ou le préjudice que souffrent certaines personnes par suite de leurs conventions.

201. *Cette appréciation erronée ne vicie que certains contrats, et pourquoi*

202. *Dans ces contrats, la lésion est une cause de rescision, abstraction faite de la personne qui les a consentis.*

203. *Tout partage dans lequel l'un des copartageants éprouve une lésion de plus du quart, est sujet à rescision pour cette cause.*

204. *Le vendeur d'immeubles lésé de plus des sept douzièmes dans le prix, peut aussi demander la rescision pour cause de lésion.*

205. *La lésion peut aussi donner lieu à réclamation dans le cas prévu à l'art. 1854, et dans celui prévu à l'art. 883.*

200. D'après l'article 1118 (1), la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats, ou à l'égard de certaines personnes.

Dans un sens spécial, qui est celui de cet article 1118, la lésion est le résultat d'une erreur sur l'appréciation des choses qui sont l'objet d'un contrat (2), ou le résultat d'une estimation erronée des choses qui sont la matière d'un partage. Elle se dit aussi du préjudice que certaines personnes, c'est-à-dire les mineurs, éprouvent par suite de leurs conventions.

201. Cette sorte d'erreur ne tombant pas sur la chose même, ni sur sa substance, mais bien seulement sur sa valeur, elle n'est pas, de droit commun, une cause de nullité ou de rescision, parce que la valeur des choses est extrinsèque, arbitraire, variable en raison des temps, des lieux et des diverses circonstances, et que la sûreté des négociations serait à chaque instant compromise, si, sous le prétexte de lésion, on pouvait en demander la rescision ; car il se glisse presque toujours quelque inégalité de valeur dans les choses que les parties doivent réciproquement se donner ou faire l'une pour l'autre ; mais, dans la plupart des cas, cette inégalité s'efface, ou du moins est supposée s'effacer par l'intérêt qu'a l'une des parties d'avoir ce qui lui manque, encore que la valeur de ce qu'on lui donne soit moindre en réalité que la valeur de ce qu'elle donne de son côté.

202. Cependant il est des cas où la lésion est une cause de rescision ; mais nous entendons cela principalement de la lésion qui se montre dans certains contrats, abstraction faite de la personne qui les a consentis, parce qu'en effet la lésion qui vicie les engagements de certaines personnes, des mineurs, atteste une sorte d'incapacité résultant du défaut de discernement et d'intelligence, et tombe par conséquent sur le consentement, et le vicie. C'est ce que nous expliquerons en parlant de l'incapacité des mineurs.

203. Les contrats dans lesquels la lésion est une cause de rescision, quand toutefois encore elle se trouve exister au degré déterminé par la loi, sont :

1° Les partages ; ils sont rescindables lorsque l'un des copartagés établit à son préjudice une lésion de plus du quart ; sauf la faculté qu'a le défendeur à l'action en rescision, d'en arrêter le cours par l'offre d'un supplément de lot. (Art. 887 et 891) (3).

Et il est indifférent que le partage soit d'une communauté ou société, ou d'une succession (art. 1476 et 1872) (4), qu'il ait eu lieu en justice ou par acte extrajudiciaire, et que ce soit un majeur ou un mineur qui ait été lésé : la loi ne distingue pas.

On peut au surplus se rapporter à ce qui a été dit au tome VII, chap. VI, sect. 6.

204. 2° Les contrats de vente d'immeubles, lorsque le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix (art. 1674), sauf le droit qu'a l'acquéreur, dans le cas où l'action en rescision serait admise, de garder l'immeuble, en

(1) Code de Hollande, art. 1486.

(2) Aussi Pothier, Dumoulin, et beaucoup d'autres jurisconsultes admettaient-ils la rescision pour lésion énorme, aussi bien en faveur de l'acheteur qu'en faveur du vendeur, parce que, disaient-ils, le consentement de l'acheteur, qui a donné d'une chose au delà du double de sa valeur, est entaché d'erreur comme le serait celui du vendeur qui aurait vendu au-dessous de la moitié de la valeur de la chose. *Voyez* Pothier, *Contrat de vente*, n° 373. Le Code en a décidé autrement (art. 1683) ; ce n'est pas uniquement par le motif d'erreur qu'il s'est déterminé; il a pris aussi en considération la position particulière des vendeurs, qui, souvent pressés par des besoins, sont forcés de vendre à tout prix.

(3) Code de Hollande, art. 1158 et 1160.

(4) Ibid., art. 183 et 1689.

payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. (Art. 1681.)

205. 3° La lésion peut aussi donner lieu à réclamation lorsque des associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, et que ce règlement est manifestement contraire à l'équité. Mais nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution. (Art. 1753.) *Voy.* aussi l'art. 883.

§ V.

De la promesse qu'un tiers donnera ou fera.

SOMMAIRE.

206. *En principe, on ne peut valablement promettre en son propre nom que pour soi-même : droit romain.*
207. *Texte de l'art. 1119 consacrant le même principe; et de l'obligation de se porter fort pour un tiers.*
208. *Il ne faut pas confondre le cautionnement avec la promesse pure et simple du fait d'autrui; le premier est obligatoire, et la seconde ne l'est généralement pas.*
209. *Celui qui promet simplement qu'un tiers donnera ou fera n'est-il pas par cela même censé s'être porté fort pour le tiers? Opinions des auteurs sur ce point, discussion suivant l'esprit du droit romain et de l'art. 1119, et résolution négative.*
210. *Quand je promets le fait d'un tiers en vertu de son mandat, le principe n'est plus applicable.*
211. *Il en est de même dans le cas de la promesse du tuteur pour le mineur.*
212. *Et, dans certains cas, de la promesse du mari pour sa femme.*
213. *Ou de celle d'un gérant d'affaires pour ce qui concerne sa gestion.*
214. *Et de la promesse des administrateurs, syndics, etc., pour ce qui concerne leur administration.*
215. *Différents cas où, même celui qui promet en son nom le fait d'un tiers, est obligé, quoiqu'il ne se soit pas expressément porté fort pour le tiers.*
216. *Il en est de même si j'ai promis une peine pour le cas où le tiers ne ferait pas la chose.*
217. *De la promesse de se porter fort pour le tiers, de la garantie ou du cautionnement de l'obligation d'un autre, et différences qu'il peut y avoir dans les effets entre ces diverses promesses.*
218. *De la vente faite par le tuteur des immeubles du mineur, sans l'emploi des formalités judiciaires, mais avec promesse du tuteur de faire ratifier par le mineur devenu majeur.*

206. Il est dans l'ordre qu'on ne puisse engager un tiers sans son aveu (1), et les principes du droit veulent même aussi que quelqu'un, pour être valablement obligé, promette son propre fait et non le fait d'un autre; tellement que si je promets simplement qu'un autre donnera ou fera, comme je ne promets point par là que je donnerai ou ferai moi-même, il s'ensuit que je ne suis point engagé; cette promesse ne me lie pas, parce que je ne me suis point obligé moi-même à faire ou à donner; j'ai seulement promis qu'un autre donnerait ou ferait (2).

C'est ce que décident formellement plusieurs textes du droit romain, notamment le § 3, *Instit.*, *de Inutilib. stipul.*, et la L. 83, *princip.* ff. *de Verb. oblig.*, qui s'exprime ainsi : *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur : itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obligatur, nam de se quemque promittere oportet* (3).

207. C'est aussi un principe adopté par le Code, en ces termes : « On ne peut, en général, *ni s'engager*, ni stipuler en son propre « nom, que pour soi-même. » (Art. 1119) (4).

« Néanmoins on peut se porter fort pour un « tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf « l'indemnité contre celui qui s'est porté fort « ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. » (Art. 1120) (5).

(1) L. 3, Cod. *Ne uxor pro marito*.

(2) Pothier, *des Obligations*, n° 56.

(3) Cujas, sur cette loi, dit pareillement : *Inter stipulantem et promittentem non geritur negotium, si non se quid, sed alium daturum facturumve promittat.*

Voyez aussi la L. 65, ff. *de Fidejuss.*, qui consacre la même règle.

(4) Code de Hollande, art. 1351.

(5) Ibid., art. 1352.

Mais alors c'est qu'on promet son propre fait plutôt que celui du tiers; aussi le droit romain lui-même déclarait-il, dans ce cas, la promesse valable : *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum.* QUOD SI EFFECTURUM SE, UT TITIUS DARET, SPOPONDERIT, OBLIGATUR. § 3, *Instit. de Inutilib. stip.*, précité.

En effet, quand je promets de faire en sorte que Titius vous comptera cinq, ou, ce qui est la même chose, quand je me porte fort que Titius vous comptera cinq, il n'y a pas simplement promesse de ma part que Titius vous comptera cinq, il y a de plus promesse de ma part que si Titius ne vous compte pas cinq, je vous les compterai. Je promets donc pour moi-même, mais conditionnellement, savoir, si Titius ne fait pas la chose : or une obligation conditionnelle peut être aussi valable qu'une obligation pure et simple; le lien de droit peut exister dans l'une comme dans l'autre, il suffit que la condition se réalise.

208. Et il ne faut pas confondre avec la promesse pure et simple que je fais que Paul vous donnera tant, ou qu'il fera telle chose pour vous, le cautionnement que je prends sur moi de l'obligation de Paul, c'est-à-dire, la promesse d'acquitter cette obligation, si Paul ne l'acquitte pas (art. 2011) (1) : il n'y a point similitude avec le cas prévu à l'article 1119. Dans celui-ci, il s'agit d'une obligation principale, que je ne puis imposer à Paul, et que je ne contracte pas moi-même; dans l'autre, il s'agit d'une obligation accessoire à une obligation principale valablement contractée par une autre personne, et dont je garantis simplement le payement, au cas où le débiteur n'y satisferait pas.

209. Au surplus, ce ne serait pas sans quelque raison que l'on prétendrait que la promesse, quoique pure et simple, du fait d'autrui, renferme tacitement l'obligation, pour celui qui l'a faite, de se porter fort que le tiers l'exécutera, sinon qu'il l'exécutera lui-même, par le payement des dommages-intérêts qui en tiendront lieu; car il est de principe aussi que les conventions doivent être entendues dans un sens suivant lequel elles puissent produire quelque effet, plutôt que dans un sens suivant lequel elles n'en produiraient aucun (art. 1157) (2) : or, celle dont il s'agit ne peut produire d'effet qu'en l'entendant en ce sens, que j'ai voulu m'obliger au cas où le tiers dont j'ai promis le fait ne voudrait pas exécuter ma promesse, puisqu'il est clair que je n'ai pu l'obliger lui-même sans son aveu ; et cependant j'ai voulu faire quelque chose d'utile ; on doit le supposer, puisqu'on suppose que la convention a été faite sérieusement. Aussi Vinnius (3), Grotius et plusieurs autres auteurs, tout en convenant que cette promesse n'était point obligatoire dans le droit romain, disent qu'il en est autrement dans la jurisprudence suivie en Hollande et en Belgique, parce qu'il est naturel de croire que celui qui l'a faite n'a pas entendu faire une chose absolument vaine, quand la teneur de l'acte porte, au contraire, que les parties ont agi bien sérieusement. Et suivant le droit canon, la promesse est obligatoire (4).

Cette opinion de Grotius et de Vinnius a encore bien plus de force dans les matières commerciales, où les règles sont plus larges et plus particulièrement dérivées de la bonne foi que celles du droit civil proprement dit, et où l'on s'attache encore plus à l'intention des contractants, qu'au sens littéral des termes dont il se sont servis.

C'est par ces divers motifs que Pothier (5), après avoir reconnu que le principe du droit romain est vrai aussi dans notre jurisprudence, met toutefois à sa décision ce tempérament remarquable, qui rapproche au fond son sentiment sur ce point de celui de ces auteurs : « *On présume néanmoins facilement*, dit-il, *que celui qui a promis le fait d'un tiers, a entendu se porter fort pour ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé.* »

Mais il est évident que le Code civil s'est bien plutôt rapproché de la théorie du droit romain, puisqu'il décide, *en principe :* « Qu'on ne peut, en général, *ni s'engager*, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même. » Ainsi, suivant le Code, la règle est ce que Pothier regar-

(1) Code de Hollande, art. 1857.

(2) Ibid., art. 1380.

(3) Sur le § 3, *de Inutilib. stipul.* précité.

(4) Covarruvias, *in cap. Quamvis, de pact. in* 6, p. 2, § 1.

(5) *Des Obligations*, nº 56.

dait pour ainsi dire comme l'exception, par la restriction vague et trop générale qu'il apportait à l'application du principe, en disant : « *Qu'on* « *présume facilement que celui qui a promis le* « *fait d'un tiers, a entendu se porter fort pour* « *le tiers, quoique cela ne soit pas exprimé.* » Il faut dire, au contraire, du moins sous le Code, que celui qui a simplement promis le fait d'un tiers « *n'est pas facilement présumé s'être porté* « *fort pour ce tiers;* » car, si cette présomption existait, l'art. 1120, qui a pour objet de consacrer la validité de la promesse lorsque celui qui promet se porte fort pour le tiers, serait évidemment superflu.

Ainsi donc, la promesse que je vous fais, que Paul abattra tel arbre de son jardin, qui gêne les jours de votre maison, ou bien que Paul vous donnera cent francs, ou toute autre promesse semblable, ne m'oblige pas plus qu'elle n'oblige Paul, parce que je n'ai pas promis de donner ou de faire moi-même, mais seulement qu'un autre donnerait ou ferait, et que je n'ai pas non plus promis que je ferais en sorte que Paul donnerait ou ferait la chose, en me portant fort pour lui.

210. Mais ce n'est que la promesse que je fais *en mon nom*, du fait d'un tiers, sans me porter fort pour lui, qui pèche par défaut de lieu et n'est point obligatoire, et non celle que je fais au nom d'un tiers d'après une qualité qui m'autorise à promettre pour lui. Ainsi, le mandataire promet utilement le fait du mandant, parce que c'est le mandant lui-même qui est censé promettre par son ministère. Aussi, le mandataire, s'il n'a point excédé les bornes de son mandat, n'est-il point obligé envers le tiers (art. 1997)(1), à moins qu'il ne se soit personnellement engagé.

211. Il en est de même du tuteur; il représente le mineur dans les actes civils (art. 450) (2), et en contractant pour le mineur, il oblige ce dernier, et ne s'oblige pas lui-même, à moins qu'il ne se soit personnellement soumis à quelque garantie. Du reste, l'expression de la qualité de tuteur d'un *tel*, dans l'acte, suffit pour démontrer que c'est au nom du mineur que le tuteur a agi.

(1) Code de Hollande, art. 1843.
(2) Ibid., art. 441, 443, 457 et 458.
(3) Ibid., art. 1393.

212. Le mari, quand il a l'administration des biens de sa femme, et que le contrat qu'il fait est relatif à cette administration, est considéré comme un mandataire légal, et, en conséquence, il oblige sa femme. Souvent même il s'oblige aussi : cela dépend de la nature du régime sous lequel les époux sont mariés, des termes du contrat et de la qualité de l'engagement, ainsi que nous l'expliquerons en traitant *du contrat de mariage*.

213. Et suivant l'art. 1375 (3), le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés *en son nom* (4), l'indemniser aussi de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites : d'où il suit que le gérant, à la différence du mandataire, se trouve obligé par les engagements qu'il prend, même au nom du maître : car c'est afin de l'en rendre indemne, que la loi oblige celui-ci à les remplir. Cette modification, que souffre le principe qu'on ne peut, en général, ni s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même, tient à la nature du quasi-contrat de gestion d'affaire : les tiers qui ont traité avec le gérant ont dû croire qu'il se portait tacitement fort de faire agréer par le maître les engagements qu'il prenait au nom de celui-ci relativement à sa gestion. Ils auraient, au surplus, aussi une action *indirecte* contre le maître, jusqu'à concurrence de ce qui aurait tourné à son profit par suite des engagements passés avec le gérant.

214. Il est d'autres personnes encore dont les engagements sont obligatoires pour ceux au nom desquels elles ont contracté, pourvu qu'elles n'aient point excédé les bornes de leurs pouvoirs : tels sont les administrateurs d'établissements publics, les envoyés en possession des biens d'un absent, les syndics d'une faillite, etc., etc.

215. De plus, ce n'est *qu'en général*, que celui qui promet en son *propre nom* le fait d'un tiers n'est point obligé par cette promesse ; par conséquent, il y a des cas où il en est autrement, indé-

(4) De lui maître, ce qu'indiquent clairement les mots suivants : *et l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris.*

pendamment de ceux où la personne qui a promis le fait du tiers a agi en qualité de mandataire, de tuteur ou autre qualité analogue, et indépendamment aussi du cas où elle a promis de le faire ratifier (1), ou s'est portée fort pour lui, ou a promis de faire en sorte que ce tiers ferait la chose, trois clauses qui ont le même sens et le même effet.

Ainsi, le principe n'est point applicable toutes les fois que la promesse du fait du tiers peut être regardée comme une des causes ou conditions d'un traité que fait la partie pour elle-même, parce que alors elle est censée promettre plutôt de *sua persona, quam factum alienum.* Dans le droit romain lui-même, le principe cessait alors d'être applicable. Tels sont les cas où, en traitant avec Paul, je promets que Pierre garantira mon engagement, y interviendra comme répondant ou caution (2), ou qu'il donnera pour moi à Paul un gage ou une hypothèque sur ses biens, ou qu'il renoncera à son profit à certain droit : dans tous ces cas et autres semblables, si Pierre ne veut pas exécuter ma promesse, je suis tenu des dommages-intérêts de celui avec qui j'ai traité, parce que je suis censé avoir promis de faire en sorte que Pierre ferait la chose que j'ai promise ; c'est comme si je m'étais porté fort pour lui expressément, la *qualité* de l'affaire le fait naturellement supposer (3). C'est à ces cas qu'il faut appliquer ce que dit Pothier, d'une manière trop générale, *qu'on présume facilement que celui qui a promis le fait d'un tiers, a entendu se porter fort pour ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé.*

216. Le principe n'est point non plus applicable au cas où, en promettant le fait d'un tiers, j'ai promis une peine si ce tiers ne voulait pas faire la chose (4). Dans ce cas, quoique je ne me sois pas formellement porté fort pour le tiers, que je n'aie pas non plus promis spécialement son approbation, ni que je n'aie pas dit que je ferais en sorte qu'il ferait la chose, néanmoins je suis obligé par l'effet de la clause pénale ; car c'est comme si j'avais promis principalement la peine pour le cas où le tiers ne voudrait pas faire la chose. C'est une promesse conditionnelle de ma part, et voilà tout ; ce qui répond d'avance à l'objection tirée de ce que, lorsque l'obligation principale est nulle, la clause pénale, comme accessoire, est pareillement sans effet. (Article 1227) (5).

Quelques auteurs ont toutefois pensé que, pour éviter la peine dans ce cas, il suffisait que j'eusse fait tous mes efforts pour engager le tiers à faire la chose promise ; mais Vinnius (6), s'appuyant sur plusieurs textes du droit romain, notamment sur la L. 26, Cod. *de Fidejuss.*, et sur la L. 38, § 2, ff. *de Verb. oblig.*, dit, au contraire, et avec raison selon nous, que la peine est absolument due, si le tiers ne fait pas la chose, parce que c'est ma faute d'avoir promis son fait sous une peine, et, d'ailleurs, parce que c'est moi qui suis obligé principalement, mais sous une condition, dont j'ai pu raisonnablement prévoir l'accomplissement.

217. Au reste, ma promesse que Paul fera telle chose pour vous, en me portant fort pour lui, n'a pas dans tous les cas les mêmes effets que la garantie ou le cautionnement. Ainsi, quand je promets simplement, en me portant fort pour lui, que Paul vous passera acte de vente de telle maison moyennant tel prix, mon obligation peut être considérée comme remplie lorsque Paul vous a passé cet acte : je ne suis pas nécessairement garant de l'éviction, du moins les circonstances de la cause et les expressions dont on se serait servi peuvent le faire décider ainsi. Et, *vice versa*, si je me suis porté fort que Paul achèterait de vous telle maison, moyennant tel prix, payable aux époques dont vous conviendrez, je ne suis pas non plus nécessairement garant du défaut de payement du prix. Tandis que, dans l'un ou l'autre cas, si je m'étais rendu garant de l'exécution du contrat, mon cautionnement, si je n'en avais restreint l'étendue, serait mesuré sur les obligations du débiteur. (Art. 2016) (7).

Au surplus, la solution de la question dépen-

(1) *Voyez* le titre du Digeste *Ratum rem haberi.*
(2) L. 14, § 2, ff. *de Const. pecun.*
(3) *Voyez* Vinnius sur le § 3, Instit. *de Inutil. stipul.*
(4) § 20, Instit. *de Inutil. stipul.*
(5) Code de Hollande, art. 1341.
(6) Sur le § 20, Instit. *de Inutil. stipul.*, précité.
(7) Code de Hollande, art. 1862.

drait des termes de l'acte et des circonstances de la cause ; et, en général, il y aurait lieu de décider que celui qui s'est porté fort a entendu par cela même se porter fort pour toutes les obligations qui dérivent de la nature du contrat qu'il a promis de faire consentir au tiers, par conséquent pour la garantie, en cas d'éviction, ou le payement du prix.

Et comme l'obligation de *donner* emporte celle de livrer et de conférer la propriété (1) (articles 1136 et 1138), celui qui se porte fort qu'un tiers *donnera* (2) telle chose à un autre, se porte fort par cela même que le tiers en conférera réellement la propriété, par conséquent il est soumis lui-même à la garantie en cas d'éviction. Mais s'il s'était simplement porté fort que le tiers livrera la possession, ou que le tiers renoncera à toute prétention sur la chose, il suffirait, pour que son obligation fût remplie, que le tiers, dans le premier cas, livrât cette possession et n'y troublât point la partie tant que la possession civile ne lui serait pas acquise ; et dans le second, qu'il ne l'inquiétât plus relativement à cet objet, et le lui remît s'il l'avait en sa possession. Mais aucune autre garantie ne serait due.

218. Il arrive souvent que le tuteur, surtout le survivant des père et mère, dans la vue d'éviter les frais considérables d'une vente judiciaire, qui absorberaient une grande partie de la valeur des biens, et quand cependant il y a des dettes à payer, vend, sans remplir les formalités prescrites, tel ou tel immeuble des enfants mineurs, en se portant fort de leur faire ratifier la vente à leur majorité. Cela a lieu surtout quand les biens sont de peu de valeur, et aussi lorsqu'il faudrait, avant de passer à une vente en justice, faire procéder préalablement à un partage judiciaire, parce qu'ils sont possédés par indivis avec des tiers. Dans ce cas, si les mineurs, devenus majeurs, ne veulent pas ratifier la vente, le tuteur qui a promis leur ratification est tenu des dommages-intérêts envers l'acquéreur, par application de l'art. 1120.

Inutilement argumenterait-il de l'art. 1599 (3), qui porte que « la vente de la chose d'autrui est « nulle, et qu'elle peut donner lieu à des dom- « mages-intérêts, *lorsque l'acheteur a ignoré « que la chose fût à autrui*, » pour conclure, de ces dernières expressions, *e contrario*, qu'il n'est pas dû de dommages-intérêts à l'acheteur qui savait, comme dans l'espèce, qu'il achetait la chose d'autrui, et qu'il était par conséquent de mauvaise foi, puisqu'il n'ignorait pas que le tuteur ne pouvait vendre les biens des mineurs sans remplir les formalités prescrites à cet effet. Cette argumentation serait sans force ; l'article 1599, quant à la conclusion que l'on peut tirer, *e contrario*, de ses dernières expressions, n'est point applicable au cas où il y a eu de la part du vendeur promesse précise de se porter fort pour le propriétaire. Cette convention fait la loi des parties, et elle doit être exécutée (4). L'article 1120 ne laisse même pas, à cet égard, la faculté aux juges d'accorder ou de ne pas accorder des dommages-intérêts ; sa disposition est absolue, ainsi que l'a jugé la cour suprême, absolument dans la même espèce, par arrêt de cassation du 1er mai 1815, rapporté au Répertoire de M. Favard de Langlade, vº *Convention*, sect. 1, § 1er. Les juges ont seulement dans ce cas, comme dans les autres, le pouvoir d'arbitrer le *quantum* des dommages-intérêts, en raison du préjudice souffert et du gain manqué. (Art. 1149) (5).

§ VI.

De la stipulation pour un tiers.

SOMMAIRE.

219. *On ne peut non plus, en général, stipuler en son propre nom que pour soi-même.*
220. *Parce que l'intérêt est la mesure des actions; et il faut que cet intérêt soit pécuniaire, et non pas seulement de pure affection.*
221. *Les notaires qui reçoivent les actes ne peuvent donc accepter, pour les absents, les donations et autres stipulations*
222. *Néanmoins, celui qui se refuse à exécuter la promesse qu'il a faite au profit d'un tiers*

(1) *Dare est accipientis facere;* § 14, Instit. *de Actionib.*
(2) Nous n'employons pas cette expression dans le sens de *libéralité*, mais comme rendant le sens du mot *dare* des Latins, livrer avec effet de rendre propriétaire celui à qui l'on livre.
(3) Code de Hollande, art. 1507.
(4) *Voyez* la L. 27, Cod. *de Evictionibus ;* et la L. 7, Cod. *Communia utriusque judic.*
(5) Code de Hollande, art. 1282.

manque aux bienséances et à l'honnêteté, mais il n'est point obligé civilement à l'accomplir.

223. *Le tiers n'a pas d'action contre lui; texte de l'art.* 1165.

224. *Le principe qu'on ne peut stipuler pour autrui s'appliquait, en droit romain, même aux contrats du droit des gens.*

225. *Exemples.*

226. *Mais il ne faut pas confondre l'indication d'un tiers pour recevoir le payement, avec la stipulation pour autrui.*

227. *Si, en stipulant pour autrui, on stipule pour soi une peine, on donne par là de la force à la stipulation.*

228. *Les mandataires et ceux qui ont qualité d'après la loi, stipulent valablement pour les personnes dont les intérêts leur sont confiés.*

229. *Le principe que je ne puis stipuler en mon propre nom que pour moi-même, souffre exception dans certains cas; texte de l'article* 1121.

230. *Discussion et réfutation d'une opinion de Pothier.*

231. *Suite des exceptions que souffre le principe qu'on ne peut acquérir une action par le contrat d'un autre.*

232. *Suite.*

233. *Suite.*

234. *Droit romain ancien et nouveau sur l'effet de la clause au profit d'un tiers.*

235. *Autres cas où je puis me prévaloir du contrat fait par un autre.*

236. *Mais, en principe, la stipulation faite pour un tiers, sans mandat ou qualité qui donnât le droit de la faire, ne serait pas rendue valable par cela seul qu'on l'aurait faite au nom du tiers.*

237. *Ni par cela seul que le stipulant se serait porté fort pour le tiers, et que le tiers ratifierait en effet : en cela la* stipulation *diffère de la* promesse; *discussion et autorités à l'appui.*

238. *Modification que souffre cette décision dans le cas de* déclaration de command *ou* d'élection d'ami.

239. *Autre modification que peut souffrir la décision dans les matières de commerce.*

240. *Quand la stipulation au profit du tiers est valable, elle peut être acceptée de toute manière.*

241. *Tant que le tiers n'a pas déclaré sa volonté d'accepter le bénéfice de la clause, les parties peuvent la révoquer.*

242. *Controverse élevée parmi les anciens jurisconsultes sur ce point.*

243. *Il est cependant certaines dispositions dont les parties elles-mêmes ne pourraient détruire l'effet au préjudice de ceux qui sont appelés à en profiter.*

244. *Dans les cas ordinaires, celui qui a fait la stipulation peut même, d'après le Code, la révoquer seul.*

245. *Mais peut-il s'en appliquer le bénéfice? Il le peut généralement.*

246. *Cas dans lequel les circonstances de la cause demandent une solution contraire.*

247. *La mort du débiteur n'empêche pas celui qui a fait la stipulation au profit du tiers, de la révoquer, s'il l'eût pu du vivant du débiteur.*

248. *La mort du stipulant ne rend pas non plus la clause irrévocable; mais ses héritiers peuvent la révoquer tant que le tiers n'a point encore accepté.*

249. *Si c'est le tiers qui est venu à mourir avant d'avoir accepté, la question de savoir si ses héritiers peuvent, avant que la clause ne soit révoquée, en demander l'exécution, dépend beaucoup de la nature de l'affaire et des circonstances de la cause.*

219. Nous avons parlé au paragraphe précédent de la promesse que je fais, en mon propre nom, qu'un tiers donnera ou fera telle chose au profit de celui à qui je fais cette promesse ; mais l'art. 1119 (1) porte aussi, comme on l'a vu, « qu'on ne peut, en général..., *stipuler* en son « *propre nom* que pour soi-même ; » c'est-à-dire qu'on ne peut, en général, acquérir par son contrat un droit ou une action à un tiers, parce que, ainsi que le disent les lois romaines, *Inventæ sunt stipulationes ad hoc, ut unusquisque adquirat quod sua interest, cæterum si alii datur, nihil interest stipulatoris.* § 18, Instit. *de Inutil. stipul.*

220. L'intérêt est la mesure des actions, et il faut que cet intérêt soit appréciable à prix d'argent, et non pas seulement de pure affection (2) ;

(1) Code de Hollande, art. 1351.

(2) Suivant la loi 26 au Cod. *de Jure dotium*, la stipulation qu'un père, en dotant sa fille, a faite avec le gendre, que celui-ci rendrait la dot au fils *émancipé* du stipulant, frère de la future, est nulle et de nul effet : nulle quant au père, parce qu'il n'a pas stipulé pour lui, et nulle quant au fils, *jure prohibente*, parce que c'est un tiers.

tellement que, généralement, la stipulation faite par une personne au profit de son frère pécherait par défaut de lien, parce qu'elle pécherait par défaut d'intérêt pour le stipulant. Celui-ci ne pourrait agir pour obtenir, à défaut d'exécution de la convention, des dommages-intérêts, puisque les dommages-intérêts sont la réparation du préjudice souffert (art. 1149), et que le stipulant n'aurait éprouvé aucun préjudice ; et le tiers n'aurait point non plus d'action, parce que ce ne serait pas lui qui aurait traité. Or rien n'est plus contraire à la nature des obligations civiles que le pouvoir d'y contrevenir impunément (1).

221. Voilà pourquoi les notaires qui reçoivent des actes de donation ne peuvent valablement accepter pour le donataire absent, en se portant fort pour lui (2) ; et il en doit être de même dans les autres conventions, parce qu'elles ont également besoin d'acceptation, quoique la loi n'exige pas qu'elle y soit expresse.

222. Sans doute, celui qui a promis de faire quelque chose pour un tiers, et qui s'y refuse ensuite, manque généralement aux bienséances et à l'honnêteté, s'il n'est pas survenu d'ailleurs quelque circonstance particulière qui le dégage de sa promesse ; mais, en droit, il n'est pas tenu de la remplir, du moins en général (3). Nous verrons bientôt les cas d'exception.

223. Ce principe, qu'on ne peut, en général, stipuler en son propre nom que pour soi-même, est encore consacré par une autre disposition du Code, par l'art. 1165 (4), qui en détermine les effets en ces termes : « Les conventions n'ont « d'effet qu'entre les parties contractantes : elles « ne nuisent point au tiers, *et ne lui profitent* « *que dans le cas prévu par l'article* 1121. »

Ainsi, il est impossible d'établir d'une manière plus positive le principe que l'on ne peut stipuler utilement en son propre nom que pour soi-même.

224. C'était une règle fondamentale du droit romain, d'où elle est passée dans le nôtre ; et elle ne s'appliquait pas seulement aux stipulations proprement dites, qui étaient de droit étroit et qui ne pouvaient être faites *inter absentes, sive per litteras, sive per nuntium* (5) ; elle s'appliquait aussi à toutes sortes de contrats ou de conventions : *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu orginem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant*, INANEM ACTUM NOSTRUM EFFICIUNT ; *et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*. L. 11, ff. *de Oblig. et act.*

225. De là, lorsque, dans cette législation, je stipulais en ces termes : *Promettez-vous de donner dix à Titius?* la stipulation était absolument nulle, si je n'étais point en la puissance de Titius comme son fils de famille ou son esclave (6), ou si je n'avais pas moi-même un intérêt personnel et appréciable à ce que la promesse fût exécutée (7).

Et si j'avais stipulé dix pour moi ET (8) pour Titius, la stipulation n'était bonne que pour cinq (9) ; quoique l'achat d'une chose pour moi et pour Titius fût bon pour le tout, mais dans mon seul intérêt, la personne de Titius étant censée, dans ce cas, n'avoir même pas été mentionnée dans l'acte (10). Cette différence tenait à la nature de ces divers contrats. Cujas, sur la loi citée ci-dessous, l'explique clairement.

(1) Pothier, *des Obligations*, nº 54.

(2) L'ordonnance de 1731 rejetait formellement l'acceptation du notaire pour le donataire absent; et elle décidait, en conséquence, que si la donation était acceptée par un tiers non chargé de pouvoirs réguliers par le donataire absent, et qui se serait porté fort pour celui-ci, elle n'aurait d'effet que du jour de la ratification expresse que le donataire aurait faite de l'acceptation par acte authentique. *Voyez*, au surplus, au tome VIII, nºs 393, 423 et suivants.

(3) Il y a obligation naturelle, disent Grotius, Puffendorf, et d'après eux Pothier, *des Obligations*, nº 55, parce que *hominis interest alterum hominem beneficio affici;* mais, suivant les mêmes auteurs, cette obligation naturelle n'existe qu'en faveur de celui qui a fait la stipulation, et qui, par conséquent peut en faire remise sans l'aveu du tiers.

(4) Code de Hollande, art. 1376.

(5) § 11, Instit. *de Inutilib. stipul.*

(6) §§ 4 et 18, Instit. *de Inutil. stipul.* L. 38, § 17, ff. *de Verb. oblig.*, et L. 3, Cod. *de Contrah. stipul.*

(7) § 19, Instit, *eodem tit.*

(8) Pour moi *ou* pour Titius, la stipulation était bonne pour le tout. Titius était seulement réputé désigné comme habile à recevoir le payement, que le débiteur pouvait lui faire malgré le créancier. § 4, Inst. *de Inutil. stipul.*

(9) Même § 4.

(10) L. 64, ff. *de Contrah. empt.*

226. Au reste, rien n'empêchait, comme rien n'empêcherait non plus sous le Code, en stipulant pour soi, d'indiquer un tiers pour recevoir le payement (1). Le tiers était alors seulement *adjectus solutionis gratia ;* il n'avait point d'action à raison d'une telle stipulation ; il était obligé de faire raison au créancier de ce qu'il avait reçu, et, pour cela, ce dernier avait contre lui l'action de mandat (2), à moins toutefois qu'il n'eût eu l'intention de lui faire une libéralité (3).

Nous parlerons des tiers *adjoints* dans la suite, en traitant du payement et de la novation.

227. Rien n'empêchait non plus de donner de la force à la stipulation même faite ouvertement au profit du tiers, en y ajoutant une peine pour le cas où la chose ne serait pas faite (4), car alors on était censé stipuler principalement la peine conditionnellement, et on la stipulait pour soi : le tiers n'avait toujours point d'action, et le principe était respecté. Il en serait incontestablement de même sous le Code. Vainement on objecterait que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale (article 1227); ici la peine est en réalité l'obligation principale, malgré l'ordre des termes de la convention ; la stipulation pour le tiers n'est au contraire elle-même qu'une condition. C'est tout comme s'il avait été dit : *Promettez-vous de me donner cent, au cas où vous ne ferez pas telle chose pour Paul?*

228. Et comme ce n'est qu'en mon propre nom que je ne puis, en général, stipuler pour un autre, il s'ensuit que lorsque je stipule au nom d'un tiers, en vertu d'un mandat qu'il m'a donné à cet effet, la stipulation est valable ; et c'est le mandant qui a l'action, parce que je n'ai fait que lui prêter mon ministère. Mais, en principe, chez les Romains, le mandataire traitait en son nom, et faisait ensuite raison de l'affaire au mandant. Il y avait toutefois quelques cas où, en vertu du droit prétorien, le mandant pouvait agir lui-même contre l'autre partie, sans avoir besoin d'une cession de l'action du mandataire, mais c'était *ad exemplum institoriæ actionis* (5).

Les tuteurs aussi stipulent valablement pour les mineurs confiés à leurs soins. (Art. 450.)

Les père et mère ou autres ascendants, encore qu'ils ne fussent point tuteurs, acceptent pareillement avec effet, même sans l'autorisation d'un conseil de famille, les donations faites à leurs enfants ou descendants mineurs, quoique ceux-ci fussent émancipés. (Art. 935) (6).

Et il n'est point interdit non plus à un père d'acheter quelque chose pour son enfant mineur, lors même qu'il n'en aurait point la tutelle proprement dite, par exemple, parce que la mère vivrait encore. La puissance paternelle lui donne une autorité suffisante à cet égard (7). Il peut par conséquent stipuler et acquérir une servitude en faveur du fonds de cet enfant (8).

Les maris, dans beaucoup de cas, stipulent valablement aussi pour leur femme ; cela est surtout particulièrement vrai quand la stipulation qu'ils font est relative à l'administration dont ils sont chargés, suivant la nature du régime qu'ils ont adopté par leur contrat de mariage et la nature de la chose stipulée.

En un mot, tous ceux qui, comme les administrateurs, les syndics, les préposés, les mandataires, ont pouvoir de la loi, ou de la justice, ou de la personne elle-même, pour la représenter, stipulent valablement pour cette personne réelle ou morale, soit qu'ils le fassent formellement en son nom, soit qu'ils le fassent seulement en exprimant la qualité en vertu de laquelle ils agissent. Dans tous ces cas, le droit, et par suite l'action, est acquis à la personne en faveur de laquelle la stipulation a été faite, et non à celui qui a traité pour elle.

229. Puisque ce n'est *qu'en général* que je ne puis stipuler *en mon propre nom* que pour moi-même, il s'ensuit que je puis, dans certains cas,

(1) Même § 4, aux Inst. *de Inutil. stipul.*

(2) Ibid.

(3) Pothier, *des Obligations*, n° 57.

(4) § 19, Instit. *de Inutil. stipul.*

(5) La L. 13, § 25, ff. *de Actionib. empt. et vend.*, offre l'exemple de l'un de ces cas.

(6) Code de Hollande, art. 1722.

(7) Nous avons parlé de ce cas au tome VII, n[os] 344 et 394, en traitant du *rapport* entre héritiers. Nous y distinguons, surtout en ce qui concerne la manière dont le rapport doit s'effectuer, l'hypothèse où le père a acheté avec les deniers de l'enfant, de celle où il a acheté avec ses propres deniers.

(8) *Voyez* tome V, n° 556.

stipuler utilement pour un autre, même en mon propre nom.

Je le puis toutes les fois que la stipulation, quoique faite en apparence au profit d'un tiers, est en réalité dans mon intérêt; ou lorsqu'elle est la *condition* d'une stipulation que je fais pour moi-même, comme dans le cas de la clause pénale dont nous avons parlé plus haut; ou lorsqu'elle est une partie, une charge ou un mode de celle que je fais pour moi-même; ou enfin lorsqu'elle est une charge, un mode, une condition d'une donation que je fais à un autre.

Ces diverses exceptions se trouvent explicitement ou implicitement comprises dans la disposition de l'art. 1121 (1), ainsi conçu : « On peut « pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que « l'on fait pour soi-même, ou d'une donation « que l'on fait à un autre.

« Celui qui a fait cette stipulation ne peut « plus la révoquer lorsque le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

Ainsi lorsque, obligé de bâtir une maison à Paul, ou de lui payer une somme que je lui dois, je stipule de vous que vous lui bâtirez cette maison, ou que vous lui payerez cette somme, par exemple, en acquit du prix d'une vente que je vous fais, cette stipulation est très-valable, parce qu'en réalité elle est dans mon intérêt (2).

Nous examinerons plus loin la question de savoir si le tiers, après avoir déclaré vouloir profiter de la stipulation, aurait action contre le débiteur, nonobstant ma révocation ou mon opposition faite après son acceptation.

250. Pothier (3) dit bien, comme nous, que, lorsque je suis obligé envers Paul à lui bâtir une maison, et que je fais marché avec un maçon qu'il la bâtira, la stipulation n'est faite en faveur de Paul que *verbo tenus*, qu'elle est en réalité dans mon intérêt, et, par conséquent, qu'elle est valable; mais il dit, de plus, que quand même, au moment où je fais le marché avec le maçon, je ne serais point obligé envers Paul à lui construire la maison, ma stipulation avec le maçon n'en serait pas moins valable, parce que je me charge par là des affaires de Paul, que je deviens comptable envers lui, et, dès lors, que j'ai intérêt à la construction de la maison. Mais qui ne voit que c'est faire ainsi anticiper l'effet sur la cause? Dans ce système, la stipulation faite au profit d'un tiers, quoique sans mandat, serait toujours valable, puisqu'en la faisant on gérerait les affaires du tiers, qu'on deviendrait comptable envers lui, et qu'ainsi l'on aurait l'intérêt dont parle Pothier; mais alors le principe serait illusoire. L'opinion de cet auteur, sur ce point, n'est donc pas admissible. Autre chose serait, si, gérant déjà les affaires de Paul, je faisais une stipulation *relative* à ces mêmes affaires, que je dois, par cela seul que je m'en suis chargé, administrer le mieux possible : alors j'aurais réellement intérêt à la stipulation. Vinnius, sur le § 3, aux Instit. *de Mandato*, entend absolument la chose comme nous. Il s'agit, dans ce paragraphe, du mandat donné dans l'intérêt d'un tiers seulement, par conséquent dans un cas où le mandant n'était point tenu de faire la chose pour le tiers; et Vinnius dit que l'action de mandat ne peut être ouverte au profit du mandant, qu'autant que le mandataire aura exécuté le mandat, et ne l'aura pas exécuté comme il devait le faire : *Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset Titio credi; si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati... quia mea non interest.* Nous reviendrons au surplus sur ce point tout à l'heure.

251. Ainsi encore, lorsqu'en vous vendant, par exemple, mon fonds, je stipule que vous accorderez, par ce fonds, un passage à Paul pour l'exploitation du sien; ou bien lorsque je stipule que, outre le prix, vous servirez une rente de cent francs à Paul, pendant sa vie, ces stipula-

(1) Code de Hollande, art. 1353.

(2) § 19, Inst. *de Inutil. stipul.* Dans ce paragraphe, on donne aussi l'exemple de deux autres cas où la stipulation, quoique faite en apparence au profit d'un tiers, est réellement faite dans l'intérêt du stipulant, et, en conséquence, est obligatoire, et produit une action en faveur de ce dernier, mais non en faveur du tiers.

Dans beaucoup de cas aussi les stipulations faites devant le magistrat, et appelées par cette cause *stipulations prétoriennes*, étaient valables, quoique faites par un autre que celui dans l'intérêt duquel elles avaient eu lieu; mais elles ne donnaient action qu'à ce dernier : tel était le cas notamment où un esclave public stipulait d'un tuteur qu'il administrerait bien la chose du pupille. *Voyez* Vinnius, sur le § 4, aux *Instit.* à ce titre, *de Inutil. stipul.*

(3) *Des Obligations*, nº 59.

tions sont très-valables, quoique je ne fusse nullement obligé à fournir à Paul ce passage, ou à lui constituer cette rente; car ce sont des charges de la vente ou de la stipulation que je fais pour moi-même, suivant les expressions de l'article 1121, et elles se trouvent comprises dans la disposition de cet article, sous le nom générique de *condition* d'une stipulation que je fais pour moi-même.

252. Si j'étais déjà tenu à livrer le passage à Paul, ou à lui constituer la rente, lorsque j'ai fait la convention avec vous, alors on rentrerait dans l'exemple du premier cas, où la stipulation est dans mon intérêt, et non dans celui du tiers. Mais, dans le cas où je ne devais rien à Paul, celle que je fais à son profit est une véritable libéralité, qui a pu cependant lui être valablement faite sans l'emploi des formalités prescrites pour les actes portant donation entre-vifs, qui a même pu lui être faite par acte sous signature privée, et qu'il a pu accepter efficacement d'une manière quelconque, suivant ce que nous avons démontré au tome VIII, n°s 398 et 417 : car ce n'est point là une donation directe et en forme.

Il faudrait toutefois que le tiers fût capable de recevoir de moi, lors même que ce serait une rente viagère que j'aurais stipulée à son profit. (Art. 1970.) La libéralité serait, en outre, soumise à la loi qui règle la quotité disponible (*ibid.*), et à celle du rapport entre héritiers. (Article 843.)

253. Enfin, lorsque je vous *donne* mon fonds, à condition que vous ferez une rente viagère de cent francs à votre tante, ou sous toute autre charge, cette stipulation au profit du tiers est très-valable : elle est la condition, c'est-à-dire la *charge* d'une donation que je fais à un autre, dernière hypothèse prévue à l'article 1121. Et dès que le tiers aura déclaré, d'une manière quelconque, sa volonté d'en profiter, avant toute révocation de ma part, il aura un droit acquis, et une action contre vous, pour vous contraindre à exécuter la clause.

254. Le droit romain, d'abord, ne donnait pas d'action au tiers. Le donateur n'en avait pas non plus pour forcer le donataire à faire la chose qu'il avait promis de faire pour ce tiers : seulement il avait une action en répétition des biens donnés, à raison de l'inexécution de la charge. Il avait *condictio ob causam dati*, *causa non secuta*. Mais cela fut changé dans la suite, par les constitutions des empereurs (1), qui attribuèrent une action au tiers contre le donataire, comme s'il eût stipulé lui-même la chose que le donateur avait voulu lui faire parvenir.

Cette action, fondée sur l'équité, et non sur les principes purs du droit, était *actio utilis*, nom que les jurisconsultes romains donnaient aux actions qui n'étaient point spécialement établies par le droit civil ou prétorien, mais qui avaient pour fondement l'équité et la raison : *Quæ contra subtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex sola æquitate concedebantur.*

255. Il est d'autres cas aussi où, même suivant les lois romaines, je puis me prévaloir du contrat fait par une autre personne, parce que l'équité et la nature de l'affaire le demandent. C'est surtout lorsque ce contrat a eu lieu à raison de ma chose. Ainsi, lorsque je vous ai prêté ou remis en dépôt un objet, et que vous le déposez, à votre tour, chez Paul, ou que vous le lui prêtez, à condition qu'il me le rendra, j'ai contre Paul l'action du contrat que vous avez fait avec lui : j'ai l'action *depositi vel commodati utilis*, comme dit la loi *penult.*, Cod. *ad Exhibendum;* et je l'ai *æquitatis causa.*

Il en est de même si vous avez prêté à Titius de l'argent qui m'appartenait, avec la clause que la restitution m'en serait faite : j'ai contre Titius l'action née du prêt, quoique ce ne soit pas moi qui l'ai fait, et que vous ne l'ayez pas fait en vertu de mon mandat (2). Et si j'ai prêté mes deniers à Titius, au nom de Sempronius, comme étant ceux de ce dernier, quoique sans mandat de sa part, Sempronius a action contre Titius à raison de ce prêt (3).

Suivant l'art. 1994 (4) du Code civil, si j'ai

(1) *Voyez* la L. 3, Cod. *de Donat. quæ sub modo, vel condit.*, et ce que nous avons dit à ce sujet au tome VIII, n°s 537 et suivants.

(2) L. 126, § 2, ff. *de Verb. oblig.*

(3) Même loi, et L. 9, § *penult.*, ff. *de Rebus credit.* Vinnius, sur le § 4, Inst. *de Inutil. stipul.*

(4) Code de Hollande, art. 1840.

donné à Paul mandat de faire telle affaire pour moi, et qu'il se soit substitué Philippe, même sans mon aveu, j'ai action contre ce dernier.

Et comme nous l'avons dit plus haut, si, gérant déjà les affaires de Paul sans mandat, je donne à Philippe le mandat de continuer ma gestion ou de faire quelque chose qui la concerne, et que Philippe accepte ce mandat, il se trouve obligé envers moi, parce qu'étant tenu de continuer ma gestion jusqu'à ce que Paul fût en état de prendre lui-même la direction de ses affaires (article 1372) (1), j'avais intérêt à l'exécution du mandat; et il en serait ainsi quoique je n'eusse pas encore commencé à gérer les affaires de Paul, si Philippe avait commencé de mettre à exécution le mandat que je lui ai donné (2), parce que ce serait moi, dans ce cas, qui serais censé avoir géré par son ministère, et qu'ainsi obligé à continuer ma gestion, j'aurais intérêt à ce qu'il continuât la sienne, pour être affranchi de toute responsabilité envers le maître. Mais si Philippe n'avait point encore commencé de mettre mon mandat à exécution, il pourrait se dispenser de l'exécuter, quoiqu'il l'eût formellement accepté, car je serais sans intérêt, n'étant point obligé envers le maître. Je me trouverais ainsi avoir stipulé pour autrui, contre le vœu de l'art. 1119, et avoir donné un mandat dans un intérêt qui ne serait le mien sous aucun rapport, et contre la définition que l'art. 1984 (3) nous donne du mandat. *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus qui mandavit; cæterum si nihil interest, cessat mandati actio.* L. 8, § 6, ff. *Mandati vel contra.*

La stipulation faite par un des copropriétaires d'une chose possédée par plusieurs par indivis, ou par un sociétaire même non gérant, quoique faite sans mandat de la part des autres, peut profiter à tous, surtout lorsque la chose stipulée est indivisible, par exemple une servitude pour le fonds commun (4).

Et, nonobstant la disposition, trop restreinte, des art. 1121 et 1165 (5) combinés, il est encore quelques autres cas où je puis profiter du contrat fait par un autre sans mandat de ma part, indépendamment du droit qu'a tout créancier d'exercer celui de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. (Art. 1166) (6). Nous en parlerons quand nous traiterons de l'effet des conventions à l'égard des tiers, au chapitre III.

Mais toutes ces modifications et exceptions ne détruisent point le principe posé par l'art. 1119, qu'on ne peut, en général, stipuler en son propre nom que pour soi-même.

256. Et il serait indifférent que celui qui stipulerait pour un tiers sans mandat, sans qualité qui lui donnât le droit de le faire, stipulât au nom du tiers : la stipulation ne pécherait pas moins par défaut d'intérêt, et par conséquent par défaut de lien. Que lui en coûterait-il en effet de dire qu'il stipule au nom de Paul, et de rendre ainsi le principe illusoire?

257. Et quand il dirait aussi qu'il se porte fort pour le tiers, et que le tiers ratifierait en effet, cela ne ferait pas que le stipulant eût intérêt à la stipulation; par conséquent elle serait encore impropre à faire acquérir au tiers un droit et une action efficace contre celui qui a fait la promesse.

Ce point mérite toutefois quelques développements. Ne perdons pas de vue surtout que, à tort ou à raison, notre droit, comme le droit romain, consacre le principe que je ne puis, en général, *stipuler* en mon propre nom que pour moi-même; par conséquent, que je ne puis faire acquérir une action à un tiers par mon contrat fait avec une autre personne. Toutes les lois romaines sur ce point le décident ainsi de la manière la plus formelle, et notamment la loi 11, ff. *de Oblig. et act.*, que nous avons citée plus haut; et elles supposent toutes nécessairement que celui pour qui la stipulation a été faite voudrait en profiter, voudrait agir à cet effet, et qu'il *ratifie* ainsi ce qu'a fait le stipulant; car, sans cela, la stipulation serait inutile par le fait, le stipulant n'en pouvant pas demander l'exécution à son profit, puisque ce n'est pas pour lui qu'il a stipulé.

(1) Code de Hollande, art. 1390.

(2) C'est ainsi que devient obligatoire, pour le mandataire, le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers seulement, *aliena causa*. *Voyez* Vinnius sur le § 3, Inst. *de Mandato.*

(3) Code de Hollande, art. 1829.

(4) *Voyez* tome V, nos 466, 467 et 551.

(5) Code de Hollande, art. 1353 et 1376.

(6) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

Cependant, ces mêmes lois refusent *l'action* au tiers, sauf certains cas d'exception, que l'on doit également admettre chez nous.

Ainsi, la ratification du tiers ne fait pas naître pour lui une action qui n'a pu lui compéter par le contrat d'une autre personne; il n'y a pas lieu de dire que le contrat ne vaut pas *ut ex tunc,* il vaut du moins *ut ex nunc,* du jour où le tiers ratifie, *tanquam ex consensu contrahentium, qui adhuc perseverare intelligitur, quandiu non apparet mutatio voluntatis.* Cela n'est vrai que pour le cas de *promesse* du fait d'un tiers, et en se portant fort pour lui, mais non pour le cas de *stipulation* au profit d'un autre que soi-même

A quoi bon, en effet, déclarerait-on la stipulation inutile et vaine, si le tiers au profit duquel elle a été faite ne la ratifiait pas, n'en demandait pas l'exécution? Cela serait bien superflu : c'est donc, au contraire, dans la supposition qu'il veut en profiter, par conséquent qu'il la ratifie, que les lois la déclarent nulle d'avance.

Tandis que, lorsque je promets que Paul vous donnera tant ou fera telle chose pour vous, et que je me porte fort pour lui, je contracte une obligation personnelle de payer les dommages-intérêts, s'il ne veut pas faire la chose, ce qui suffit pleinement pour former le lien de droit.

Cette différence (1) entre la *promesse* que je fais que Paul vous donnera tant, en me portant fort pour lui, et la *stipulation* que je fais avec vous que vous donnerez tant à Paul, en me portant également fort de lui faire agréer votre promesse; cette différence, disons-nous, est pareillement bien marquée dans le Code civil. En effet, après que l'art. 1119 a eu établi le principe que l'on ne peut, en général, ni *s'engager,* ni *stipuler* en son propre nom que pour soi-même, l'art. 1120 ajoute, par forme d'exception, que l'on peut néanmoins se porter fort pour un tiers, *en promettant le fait de celui-ci,* sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir *l'engagement;* ce qui évidemment ne peut s'entendre que du cas où la partie a *promis* que le tiers donnerait ou ferait quelque chose au profit de l'autre partie contractante. Et l'article 1121 établit les exceptions que souffre le principe qu'on ne peut *stipuler* pour autrui; mais parmi ces exceptions ne se trouve pas le cas où celui qui stipule pour un tiers, sans mandat, se porte fort de lui faire agréer le bénéfice de la stipulation, et que le tiers l'accepte en effet, car le principe deviendrait par cela même illusoire. Au contraire, l'art. 1165 porte formellement que les conventions ne peuvent profiter au tiers *que dans le cas prévu à l'art.* 1121; et elles ne lui profitent, dans ce même cas, qu'autant qu'il les accepte avant toute révocation; par conséquent, dans les autres, son acceptation ou ratification est indifférente; elle ne peut suffire pour lui procurer l'action à raison d'une stipulation absolument nulle dès le principe, et qui n'a pu être ratifiée. Ainsi d'après cet art. 1121, la stipulation que je fais pour un tiers lui profite, s'il l'accepte, s'il ratifie ce que j'ai fait pour lui : donc lorsque cet article n'est point applicable, parce que la stipulation faite pour le tiers n'est pas dans un des cas qui y sont prévus, il n'y a pas lieu pour le tiers de ratifier, d'accepter, puisque la stipulation a été inutilement faite.

Il importe donc de bien s'entendre sur le sens des mots *s'engager* et *stipuler,* employés dans l'art. 1119.

S'engager ou promettre s'entend *passivement;* stipuler s'entend *activement.* En promettant ou en s'engageant on donne une action contre soi; en stipulant on en acquiert une contre celui qui promet : et, sans nous attacher rigoureusement à la signification de la stipulation proprement dite des Romains, reconnaissant au contraire que, par cette expression, l'on entend volontiers, dans notre droit, toute espèce de contrats ou de conventions, tout pacte qui y est inséré, et même les remises de dettes, cependant il n'est pas moins vrai que, dans la saine doctrine, la stipulation diffère de la promesse ou de l'engagement, en ce que celui qui stipule parle dans son intérêt, tandis que celui qui promet ou s'engage parle dans l'intérêt de l'autre partie. Voilà pourquoi il est vrai de dire que, dans les contrats purement unilatéraux, il n'y a qu'un stipulant, qui est le créancier, et un engagé ou *promettant,* qui est le débiteur; tandis que dans les contrats synallagmatiques, comme la vente, il y a deux stipulants et deux engagés : le vendeur, qui stipule le prix

(1) Nous avons déjà eu occasion de la faire remarquer plusieurs fois, notamment au tome V, n° 549, et au tome VIII, n° 395.

et promet la chose; l'acheteur, qui stipule la chose et promet le prix.

Ainsi la règle *Ratihabitio mandato æquiparatur* (1) s'applique parfaitement au cas où Paul a promis mon fait, c'est-à-dire que je ferais ou donnerais telle chose à un autre, et que je ratifie ensuite l'engagement; encore faut-il que je l'exécute pour que Paul soit dégagé : seulement ma ratification m'oblige envers le tiers, mais ne dégage pas Paul, qui a promis, dans l'espèce, non pas simplement que je donnerais ma ratification, mais que je donnerais ou ferais la chose promise.

Elle s'applique très-bien aussi, cette règle, au cas où Paul a reçu de mon débiteur le montant de ma créance, sans mandat de ma part, et que je ratifie ensuite le payement; et à tous les cas où mon mandataire a excédé les bornes de ses pouvoirs.

Mais lorsque Paul stipule pour moi, sans mandat de ma part, en se portant fort ou non pour moi, sa stipulation ne peut me faire acquérir une action, quoique je vienne à ratifier ensuite; autrement il serait faux de dire que la stipulation pour autrui est nulle, puisqu'elle serait valable, au contraire, au moyen d'une ratification, nécessairement supposée par la loi pour qu'il y ait eu quelque utilité à déclarer la stipulation vaine et inefficace.

Supposons que, dans le droit romain, Sempronius eût stipulé de Titius, que celui-ci donnerait dix à Seïus, en se portant fort de faire agréer la stipulation à ce dernier et qu'en effet Seïus eût déclaré ensuite sa volonté d'accepter la promesse : assurément cette ratification n'aurait pas fait que Seïus eût eu une action contre Titius; toutes les lois de la matière s'y seraient opposées. Et il en eût même été ainsi dans les contrats *bonæ fidei*, comme la vente. Par exemple, dans la loi 64, ff. *de Contrah. empt.*, que nous avons déjà eu occasion de citer, le jurisconsulte Javolenus agite la question de savoir ce qu'on doit décider dans le cas où j'ai acheté de vous un fonds pour moi et pour Titius : *Fundus ille est mihi et Titio emptus.* Il se demande si la vente est bonne pour moitié seulement, ou si elle est bonne pour le tout, ou enfin si elle est entièrement nulle? *Quæro utrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit?* et il décide qu'elle est bonne pour le tout, et que c'est comme si je n'avais pas fait mention de Titius en achetant : *Respondi, personam Titii supervacuo accipiendam : ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere.* Or, comment eût-on pu mettre en question si la vente était bonne pour partie seulement, ou n'était pas nulle pour le tout, si la ratification de Titius avait été de quelque poids? Du moins on eût dû subordonner la solution de cette question au cas où Titius n'aurait en effet pas voulu ratifier; tandis qu'on ne fait aucune mention de cette circonstance, qui était en effet indifférente dans l'espèce.

Dans la loi 13, § 25, ff. *de Act. empt. et vend.*, Ulpien dit, d'après Papinien, que si Titius, mon mandataire, a vendu telle chose qui m'appartient, j'ai bien contre l'acheteur l'action *venditi utilis, ad exemplum institoriæ actionis* (2), mais qu'il faut pour cela que j'aie donné mandat pour vendre : *si modo rem vendendam mandavi;* donc si je n'ai pas donné de mandat, je n'ai pas d'action, même *utilis.*

La L. 3, au Code, *de Donat. quæ sub modo,* etc., citée plus haut, est d'ailleurs la preuve la plus évidente de la vérité de cette doctrine, puisqu'il a fallu cette loi pour que le tiers, qui *voulait profiter* du bénéfice de la charge mise à son profit dans la donation, et qui, par conséquent, acceptait la clause, *ratifiait,* pût avoir une action contre le donataire, pour le forcer à l'exécuter; mais cette loi statue sur un cas d'exception, l'un de ceux prévus par l'art. 1121, tandis que nous raisonnons, au contraire, en thèse générale, sur les cas où la stipulation faite au profit d'un tiers n'est pas autorisée par le Code civil.

Enfin, tout le titre *des Pactes,* au Digeste et au Code, nous apprend que le pacte que vous avez fait avec moi, que vous ne demanderez pas à Titius ce qu'il vous doit, *a Titio non petam,* ne sert de rien à Titius, si je n'étais pas en sa puissance quand je l'ai fait, ou si je n'avais pas une

(1) Nous verrons dans la suite dans quels cas la ratification a un effet rétroactif, et dans quels cas elle ne l'a pas.

(2) L'action UTILIS, *et ad exemplum institoriæ actionis*, et non pas l'action ordinaire *venditi*, parce qu'il était de principe chez les Romains, que les actions n'appartenaient qu'à ceux qui avaient contracté et à leurs héritiers; L. 11, ff. *de Oblig. et act.* Aussi le mandat n'avait que des effets personnels au mandant, au mandataire et à leurs héritiers.

qualité quelconque qui me donnât le droit de le faire. Et cependant il est bien clair, pour qu'il y ait lieu à la question de savoir si le pacte peut lui profiter, qu'il veut lui-même en tirer avantage, que pour cela il ratifie ce que j'ai fait; néanmoins il ne peut, en général, l'invoquer pour sa libération, quoique la libération soit favorable de sa nature. *Voyez* notamment la L. 17 § 4, ff. *de Pactis.*

L'article 5 de l'ordonnance de 1731 portait que, lorsque la donation serait acceptée par un tiers pour le donataire absent, avec déclaration de se porter fort pour ce dernier, la donation n'aurait effet que *du jour seulement de la ratification expresse que le donataire en aurait faite par acte passé par-devant notaire, et dont il devrait rester minute.* La ratification ici n'équipollait donc pas au mandat, puisqu'elle ne faisait produire effet à la donation que du jour seulement où avait eu lieu cette même ratification. De plus, devant être expresse, par acte passé par-devant notaire, avec minute, elle n'était en réalité rien autre chose qu'une acceptation de la donation, acceptation qui pouvait et qui peut encore être faite du vivant du donateur, tant qu'il n'avait pas révoqué. L'art. 933 (1) est encore plus positif, puisqu'il n'admet un tiers à accepter la donation qu'autant que ce tiers a un pouvoir, et que ce pouvoir est par acte authentique; en sorte que toute acceptation sans ce pouvoir serait insignifiante.

Appliquons maintenant ces principes, que nous croyons incontestables. Si je suis convenu avec vous que Paul, absent, pour lequel je me suis porté fort, vous passerait acte de vente de sa maison, moyennant vingt mille francs, dans les six mois à dater de ce jour, convention qui ne répugne nullement à l'art. 1599, vous avez bien contre moi une action en indemnité, si Paul ne veut pas en effet vous consentir cette vente; mais, lors même qu'il ratifierait ma promesse, en vous notifiant qu'il est prêt à vous passer acte, il n'aurait pas pour cela action contre vous, pour vous obliger à acheter la maison; car vous n'avez rien promis; c'est moi seulement qui ai promis le fait de Paul. Ce point ne saurait faire aucune difficulté.

Mais supposons aussi que, en convenant avec vous que Paul vous passerait acte de vente de sa maison, moyennant vingt mille francs, et en me portant fort pour lui, vous m'ayez promis, de votre côté, de l'acheter aux mêmes conditions, et que Paul ait ensuite ratifié ma promesse. Il y a ici de ma part promesse et stipulation pour Paul : promesse, en ce que je vous ai promis pour lui qu'il vous passerait vente de sa maison; stipulation, en ce que vous m'avez promis d'acheter cette maison. La ratification de Paul l'oblige bien envers vous à vous passer l'acte de vente, et s'il vous le passe en effet, je serai dégagé de ma promesse de me porter fort pour lui; mais Paul n'aura pas pour cela, selon nous, acquis une action contre vous, pour vous obliger à acheter la maison; car autrement j'aurais utilement stipulé pour autrui, sans mandat et hors des cas prévus à l'article 1121; tandis que l'article 1165 déclare formellement que *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, et ne profitent au tiers que dans le cas prévu à cet article.* Or, c'est dans ce cas-là même, ainsi que nous l'avons dit, que la stipulation en faveur du tiers peut lui profiter, et encore lorsqu'il l'accepte, la ratifie avant la révocation : hors ce cas, la ratification est donc inutile.

Si l'on disait que le principe qu'on ne peut en général stipuler en son propre nom que pour soi-même, doit être entendu en ce sens que la stipulation pour le tiers devient aussitôt valable par son approbation; que seulement, si les parties contractantes, ou même le seul obligé, la révoquent avant cette approbation, alors la stipulation est caduque, mais qu'il y aurait toujours cette différence entre le cas de la stipulation défendue et celle permise par exception, que la première pourrait être révoquée par la partie qui a promis pour le tiers, tandis que la seconde ne le pourrait pas; nous répondrions que ce serait décider par cela même que la stipulation est valable; car à quoi bon la révoquer, si elle est nulle? Or le Code dit qu'elle n'est pas valable. Qu'importe alors l'approbation du tiers.

En effet si, lorsque vous avez stipulé pour moi, sans mandat, il me suffit de former de suite action contre la partie qui a promis, pour la contraindre à faire la chose, en ratifiant de la sorte votre stipulation à mon profit, le principe est illusoire; car, en intentant cette action, il est clair

(1) Code de Hollande, art. 1720.

que je ratifie ce que vous avez fait pour moi, et, en agissant aussitôt, cette partie serait obligée, dans ce système, tout aussi bien que si la loi eût, au contraire, établi en principe que l'on peut valablement stipuler en son nom pour autrui. Et qu'importerait que mon approbation fût antérieure à la demande que je formerais? cela devrait être fort indifférent. Si la ratification pouvait former le lien de droit dans ce cas, certainement la demande, qui est l'approbation la plus expresse, devrait pouvoir suffire aussi. Mais, nous le répétons, s'il en était ainsi, il serait faux de dire que je ne puis, en stipulant pour un tiers sans mandat, acquérir une action à ce tiers, car précisément, au contraire, il en aurait acquis utilement une : il lui suffirait de l'intenter avant la révocation de la stipulation, puisqu'en l'intentant il accepterait par cela même cette stipulation. Mais la loi ne doit pas être entendue de la sorte : elle doit l'être comme était entendue la loi romaine, dont on a voulu évidemment adopter le principe dans le Code, c'est-à-dire comme nous l'avons expliqué.

Mais, dira-t-on peut-être, en stipulant pour Paul, je fais les affaires de Paul; j'ai par conséquent intérêt à l'exécution de la stipulation, puisque par cela même que je fais les affaires de Paul, je suis tenu envers lui. A cela nous répondons que l'action n'appartiendrait toujours pas à Paul, mais à moi. De plus, je ne puis pas en avoir, dans ce cas, si c'est par la stipulation même que j'ai fait seulement l'affaire de Paul, car je n'avais pas d'intérêt quand je l'ai faite : ce serait mettre ici l'effet avant la cause, et ce serait rendre illusoire le principe qu'on ne peut utilement stipuler pour autrui, principe qui a toujours été entendu en ce sens que le tiers ne peut agir, parce qu'il n'a pas stipulé, et que moi stipulant je ne le puis pas davantage, parce que je n'ai pas stipulé pour moi et que je n'ai pas d'intérêt à ce que la chose soit faite pour le tiers.

238. Au surplus, cette décision est susceptible de quelques modifications dans certains cas, par exemple, dans les ventes judiciaires quand il y a *déclaration de command ou élection d'ami* : ces déclarations ne supposent pas nécessairement un mandat; et si le tiers accepte dans le délai fixé par la loi ou par le procès-verbal d'adjudication, c'est lui qui est censé adjudicataire, et l'adjudicataire réel est déchargé de toute obligation. L'objet ne lui a jamais appartenu. Mais, si le tiers n'accepte qu'après le délai, l'adjudicataire est censé avoir été propriétaire par le fait de l'adjudication, et de là découlent toutes les conséquences ordinaires, double droit de transmission, etc., etc. *Voy.* les nos 328 et 343 de la loi du 22 frimaire an VII, sur *l'enregistrement.*

239. Notre principe est susceptible aussi de modifications dans les matières commerciales, qui se traitent d'après des règles plus larges que celles du droit civil; aussi les commissionnaires agissent-ils en leur propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. (Art. 91, Code de comm.)

Quand ils agissent au nom d'un commettant (ce qu'ils peuvent faire comme toute autre personne), alors leurs devoirs et leurs droits sont déterminés par les principes du Code civil, au titre *du Mandat.* (Art. 92, *ibid.*)

240. Nous avons dit que l'acceptation du tiers, dans le cas où la stipulation a pu être faite valablement à son profit, peut avoir lieu de toute manière, même quand il s'agirait d'une libéralité pure. La loi, en effet, ne prescrit, à cet égard, aucune formalité, comme elle le fait pour l'acceptation d'une donation directe conférée par acte. (Art. 932) (1). Une acceptation tacite suffirait donc : par exemple, en touchant tout ou partie de la chose qui fait la matière de cette stipulation, ou les arrérages d'une rente, si c'était une rente. Il est toujours plus simple au reste, pour éviter toute difficulté, de faire notifier aux contractants, ou du moins au stipulant, un acte d'acceptation.

241. Tant que le tiers n'a point déclaré, d'une manière quelconque, sa volonté d'accepter le bénéfice de la clause, les contractants peuvent révoquer la stipulation. L'art. 1121 (2) ne laisse aucun doute à cet égard, puisqu'il dit : « Celui « qui a fait cette stipulation ne peut plus la ré- « voquer, *si le tiers a déclaré vouloir en profi-*

(1) Code de Hollande, art. 1720.

(2) Code de Hollande, art. 1353.

« *ter.* » Donc, tant qu'il n'a pas fait cette déclaration, les parties peuvent résilier la clause, par application de la règle : *Nihil tam naturale est, quæque eodem modo dissolvi quo colligatæ sunt.*

242. Cependant ce point a fait grande difficulté dans l'ancienne jurisprudence, antérieure à l'ordonnance de 1747, sur les *substitutions*. Les art. 11 et 12 de cette ordonnance interdisaient au donateur et au donataire de résilier ou révoquer, même d'un commun accord, la disposition, au préjudice des appelés. La question restait entière pour les autres cas, et même pour ceux de substitution antérieurs à l'ordonnance.

Grotius (1), Bartole, Duaren et Ricard (2) décidaient que les parties pouvaient révoquer la clause mise en faveur du tiers, parce que l'engagement contracté par le donataire, en acceptant la donation sous cette charge, est l'ouvrage des seules parties contractantes, qui doivent pouvoir, par conséquent, le détruire par leur seule volonté.

Fachineus (3) et d'autres docteurs par lui cités, ont soutenu, au contraire, que le tiers avait un droit acquis par le fait seul du contrat, et qu'il ne dépendait plus des parties de le lui ravir, même d'un commun accord ; et Pothier, qui rapporte ces diverses opinions, au n° 73 de son Traité *des Obligations*, ne prend aucun parti sur la question : il se borne à dire « que le dernier sentiment a été « confirmé par la nouvelle ordonnance des sub« stitutions, mais que les questions décidées par « cette ordonnance n'étant que pour l'avenir, « la question demeure entière pour ce qui se se« rait passé avant l'ordonnance. » Et nous ajouterons qu'elle restait encore entière pour les autres matières.

243. Mais l'article 1121 du Code ne permet plus de douter que les parties ne puissent résilier la stipulation faite au profit du tiers, tant que celui-ci n'a pas déclaré sa volonté d'en profiter ; sauf que, pour les institutions contractuelles, qui profitent aussi aux enfants à naître du mariage (art. 1082) (4), les parties ne pourraient, même d'un commun accord, y porter atteinte (art. 1395) ; et nous déciderions la même chose quant aux dispositions, dûment acceptées, emportant substitution, quoiqu'elles fussent faites hors contrat de mariage ; ainsi que le décidait l'ordonnance de 1747 (5).

244. Dans les cas ordinaires, ce n'est pas seulement par l'effet d'un concours de volonté des parties contractantes, que la stipulation au profit du tiers peut être révoquée, tant que celui-ci n'a pas manifesté sa volonté d'en profiter ; elle peut l'être aussi par la volonté seule de celui qui a fait cette stipulation. L'article 1121 ne dit pas, en effet : *Ceux qui ont fait* cette stipulation *ne peuvent* plus la révoquer, etc. ; il dit : *Celui qui a fait* cette stipulation *ne peut* plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. Et c'est avec raison, car la maxime : *Quæque eodem modo dissolvuntur*, etc., sur laquelle se fondaient les partisans de l'opinion favorable à la révocabilité de la clause, cesse d'être applicable lorsqu'il s'agit d'une convention tout à fait sans intérêt pour celui qui a promis de l'exécuter ; et c'est ce que suppose l'art. 1121 ; c'est même ce qui aura lieu, en effet, dans la plupart des cas. Aussi convenons-nous que s'il avait intérêt à son exécution, le concours de sa volonté serait nécessaire pour la révocation.

245. Mais cela ne décide pas la question de savoir si le stipulant peut exiger, à son profit, l'exécution de cette stipulation révoquée en ce qui concerne le tiers. L'on doit tenir pour l'affirmative toutes les fois que la stipulation, faite en apparence au profit d'un tiers, l'aura néanmoins été dans le seul intérêt du stipulant : comme dans le cas d'une simple indication d'un créancier de celui-ci, pour recevoir le payement, afin d'être libéré envers lui, et lorsque cette indication était absolument sans intérêt pour le débiteur.

Il faut aussi le décider ainsi, du moins généralement, dans les cas mêmes où la stipulation n'a point été faite dans l'intérêt du stipulant, mais bien dans celui du tiers, si le débiteur n'a pas lui-même intérêt à exécuter plutôt envers le tiers qu'envers le stipulant.

(1) *De Jure belli ac pacis*, II, IX, 19.

(2) Traité *des Substitutions*, partie I, chap. IV.

(3) *Contror.* VIII, n° 89.

(4) Code de Hollande, art. 231 et 233.

(5) *Voyez* au tome IX, nos 550, 551, 601 et 602, ce que nous avons dit sur ce point.

246. Toutefois, si l'on pouvait raisonnablement supposer, par les circonstances de la cause, que le débiteur, quoiqu'il n'eût pas d'intérêt appréciable à prix d'argent à ce que la stipulation fût exécutée à l'égard du tiers, ne l'a néanmoins consentie qu'en considération de ce qu'elle était en faveur de telle personne plutôt qu'en faveur de telle autre, alors le stipulant ne pourrait pas en demander l'exécution à son profit. Par exemple, je vous vends ma maison moyennant vingt mille francs, et à la charge, en outre, que vous servirez une rente annuelle et viagère de trois cents francs à votre frère, qui a bien mérité de moi; cet intérêt d'affection pour votre frère suffit, dans ce cas, pour m'empêcher de m'appliquer le bénéfice de la stipulation, en la révoquant; car il est probable qu'il a influé sur votre détermination à consentir à la clause, et peut-être à l'achat lui-même à ces conditions. Sans doute l'intérêt d'affection ne forme point, en général, un lien suffisant pour faire acquérir un droit à un tiers, mais quand il s'agit d'interpréter les clauses d'un contrat, l'intention qui les a dictées, intention que l'on doit toujours respecter (art. 1158) (1), cet intérêt alors est d'une très-grande considération.

247. Ceux des anciens jurisconsultes français qui pensaient que la stipulation faite au profit du tiers pouvait bien être révoquée avant l'acceptation de celui-ci, mais d'un commun accord entre les parties contractantes, suivant la règle : *Quœque eodem modo*, etc., décidaient, en conséquence, que le droit du tiers, tant que ce dernier n'avait pas accepté, ne devenait irrévocable que par la mort de l'une des parties; mais alors ils décidaient aussi qu'il était définitivement acquis, parce que le mutuel dissentiment ne pouvait plus s'opérer. Le Côde ayant implicitement consacré un autre principe, en disant simplement : *Celui* qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, etc., il en résulte que la mort du débiteur n'empêcherait point la révocation faite avant l'acceptation, puisque son opposition formelle, si elle n'était fondée sur son intérêt, ou sur l'intention qu'il a eu naturellement en faisant l'acte, ne serait d'aucune considération, ainsi que nous venons de le dire.

(1) Code de Hollande, art. 1381.

248. Il y a plus de difficulté si c'est le stipulant qui est venu à mourir avant l'acceptation du tiers. S'il s'agissait d'une donation directe et en forme, elle serait évidemment caduque, parce que l'acceptation n'en peut être valablement faite que du vivant du donateur. (Art. 932.)

Nous déciderions la même chose quoiqu'il ne fût question que d'une donation manuelle de somme ou d'objets mobiliers, si elle était directe. Selon nous, il faudrait aussi que le concours de volonté se fût formé entre le donataire et le donateur avant la mort de celui-ci. C'est un point, au surplus, que nous avons discuté avec étendue, au tome VIII, n°s 392 et suivants, où nous rapportons plusieurs arrêts qui ont jugé la question diversement.

Mais, en supposant que la stipulation au profit du tiers soit une véritable libéralité, ce n'est cependant pas une donation directe. Cette libéralité n'est qu'une *condition,* une *charge,* un *mode* d'une convention principale, à quelque titre que celle-ci ait eu lieu; c'en est un accessoire, et c'est par ces motifs qu'elle n'est point assujettie aux formalités des donations ordinaires, qu'elle peut se trouver valablement dans un acte sous seing privé, et qu'elle n'a pas besoin d'être acceptée expressément.

D'après ces considérations, nous sommes porté à penser que la mort du stipulant ne l'annule pas, mais que les héritiers de celui-ci ont le droit qu'avait leur auteur, de révoquer la stipulation tant que le tiers ne l'a point acceptée.

Si l'on objectait que, pour qu'un droit soit acquis à quelqu'un par acte entre-vifs, il est nécessaire que la volonté de celui qui le confère et la volonté de celui à qui il est conféré, concourent, coexistent, nous reconnaîtrions sans peine la vérité du principe, et c'est pour cela qu'en matière de donation directe nous exigeons ce concours. Mais un principe est presque toujours susceptible de quelque modification, et le cas dont il s'agit en sollicite une en sa faveur. On le reconnaissait bien, anciennement; car, anciennement aussi, il fallait le concours des deux volontés pour former un acte entre-vifs. La mort du donateur, avant l'acceptation du donataire, anéantissait, comme aujourd'hui, la donation; et, néanmoins quand il s'agissait d'une stipulation, même à titre gratuit, faite au profit d'un tiers,

comme condition d'une stipulation que l'on faisait pour soi-même, ou d'une donation que l'on faisait à un autre, ce concours des volontés du stipulant et du tiers n'était pas nécessaire : on était unanime sur ce point, puisque les uns pensaient même que les parties contractantes ne pouvaient révoquer d'un commun accord, quoique le tiers n'eût point encore accepté, et que ceux qui différaient d'opinion avec eux sur ce point particulier, décidaient néanmoins que la stipulation au profit du tiers, quoique non encore agréée par celui-ci, devenait irrévocable par la mort de l'une des parties contractantes. Or, si elle devenait irrévocable, elle produisait donc ses effets, quoique le tiers ne l'eût point acceptée avant la mort du stipulant.

Et l'on se rend volontiers raison de cette dérogation aux principes généraux, en songeant que cette stipulation n'est, comme nous l'avons dit, qu'une condition, une charge, un mode, un accessoire enfin d'une convention principale : aussi la loi 3, au Code, *de Donationibus quæ sub modo*, etc., qui a donné l'action (*utilis*) au tiers contre celui qui avait promis de faire la chose, n'exigeait pas, pour qu'il pût l'exercer, qu'il eût accepté la clause du vivant du donateur ; elle ne dit rien de semblable ; elle l'accorde de la manière la plus indéfinie et la plus absolue. Tandis que dans les cas de donation directe, si le donateur meurt avant que le donataire ait agréé sa volonté, les lois romaines veulent que la donation reste sans effet, lors même que le donateur aurait eu remis l'objet à un tiers pour le porter à celui à qui il voulait le donner. La L. 2, § 6, ff. *de Donat.* est positive à cet égard.

A la vérité, nous admettons que les héritiers du stipulant auraient encore le droit de révoquer tant que le tiers n'aurait pas accepté, et en cela nous nous écartons du système de ceux des anciens auteurs qui admettaient la révocabilité tant que cette acceptation n'avait pas été faite, et qui regardaient la clause, en cet état, comme devenue irrévocable seulement par la mort de l'une des parties contractantes ; mais notre opinion, ce nous semble, est bien plus rationnelle et plus conséquente ; car il est de principe que les héritiers, quand il ne s'agit pas de dispositions testamentaires, ont les mêmes droits que leur auteur : or celui-ci avait le droit de révoquer.

Au reste, dans les cas où la stipulation au profit du tiers ne serait point une libéralité, la question présenterait, en général, moins de doute dans le sens de notre opinion.

249. Et si c'est le tiers qui est venu à mourir avant d'avoir accepté la stipulation faite à son profit, et que l'objet de cette stipulation ne soit pas quelque chose qui lui fût purement personnel, comme le serait une rente viagère, une pension alimentaire, ses héritiers, en thèse générale, pourront demander l'exécution de la clause, avant toute révocation de la part des contractants, ou même du seul stipulant, suivant les distinctions que nous avons faites précédemment.

Cela ne saurait être douteux quand la stipulation ne serait point une libéralité au profit du tiers ; et même dans le cas contraire, la mort de ce dernier ne suffirait pas non plus, en général, pour libérer le débiteur, si la chose par lui promise n'était pas uniquement personnelle au tiers. La question alors serait de savoir si les héritiers de celui-ci peuvent en profiter, ou si, nonobstant leur acceptation avant la révocation du stipulant, ce dernier peut exiger l'exécution de la stipulation à son profit. Nous avons bien décidé précédemment (1) que la mort de celui au profit duquel un acte de donation a été fait détruit cet acte, si elle est arrivée avant que l'acceptation ait été régulièrement faite, et même ait été notifiée au donateur ; mais nous parlions des donations directes, et ici il s'agit d'une libéralité considérée comme une *condition* d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre, ce qui est loin d'être la même chose. Aussi pensons-nous que la solution de la question dépendrait beaucoup de la nature de l'affaire, des circonstances de la cause, de l'intention des parties, et particulièrement de celle qu'avait le stipulant lors de l'acte. L'on pourrait même décider, d'après cette intention, que le débiteur se trouve libéré, dispensé d'exécuter la clause envers qui que ce soit ; et cela ne serait pas douteux dans le cas où ce qui devait être fait pour le tiers était quelque chose de purement personnel.

(1) Tome VIII, nos 419 et suivants.

§ VII.

De l'effet des conventions par rapport aux héritiers et ayants cause des parties.

SOMMAIRE.

250. *En général, en stipulant pour soi on est censé* stipuler *aussi pour ses héritiers.*
251. *Quels sont ceux que l'on comprend ici sous le nom d'*héritiers.
252. *On est également censé avoir stipulé pour ses ayants cause; quelles sont les personnes comprises ici sous cette dénomination.*
253. *On est censé aussi avoir* promis *pour ses héritiers et ayants cause.*
254. *Quant aux créanciers, on en parlera dans la suite, ainsi que de la division des obligations entre les héritiers des contractants.*
255. *On peut aussi stipuler ou promettre directement pour ses héritiers, sans le faire nommément pour soi; exemple: droit romain sur ce point.*
256. *Le principe qu'en stipulant ou en promettant pour soi, on est censé avoir stipulé ou promis pour ses héritiers, souffre exception lorsqu'il y a convention contraire : exemple.*
257. *Suite et modification.*
258. *Les termes* moi, Paul, *etc., ne restreignent toutefois pas l'effet de la clause à Paul.*
259. *Dans plusieurs cas, la nature de l'affaire ou du droit en restreint les effets à la personne de la partie, ou fait résoudre le contrat par sa mort.*
260. *Quand nous stipulons pour quelqu'un dans la vue qu'il sera notre héritier, il est besoin, en général, de désigner la personne en sa qualité de futur héritier.*
261. *La stipulation d'une chose divisible, faite en faveur d'un seul des futurs héritiers, n'en est pas moins bonne pour le tout, mais l'héritier désigné n'a, par elle, que le droit d'agir pour sa part héréditaire. La remise faite pour la part de l'un des futurs héritiers du débiteur est très-valable.*
262. *Effet de la stipulation d'une chose indivisible, faite au profit de l'un ou plusieurs des futurs héritiers du stipulant.*
263. *Renvoi quant à la question de savoir si l'on peut obliger ses héritiers solidairement, ou si l'on peut charger l'un d'eux seulement d'acquitter la dette, et en quel sens cette dernière clause doit être entendue.*

250. Il n'en est pas des héritiers des parties comme des étrangers : on peut valablement stipuler pour eux, et même on est censé l'avoir fait, du moins en général ; car ils continuent la personne de leur auteur et la représentent: *Hæres enim personam defuncti sustinet.* « On est censé « avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et « ayants cause, à moins que le contraire ne soit « exprimé ou ne résulte de la nature de la con« vention. » (Art. 1122) (1).

251. Et ici, sous le nom *d'héritiers,* l'on comprend aussi ceux qui sont seulement *loco hæredum*, tels que l'enfant naturel reconnu, les légataires ou donataires universels ou à titre universel, qui, sans représenter parfaitement la personne du stipulant, comme les héritiers proprement dits (2), la représentent néanmoins sous plusieurs rapports.

252. On est également censé avoir stipulé pour ses ayants cause (*ibid.*), tels que les donataires et les légataires à titre particulier, les acheteurs, cessionnaires, coéchangistes, transactionnaires, et tous autres en un mot qui ont reçu, à titre particulier, la chose à l'égard de laquelle la stipulation a eu lieu.

Mais ceux-ci n'ont droit à en réclamer le bénéfice, que parce que cette stipulation est relative *à la chose* à laquelle ils ont succédé; tandis que les héritiers y ont droit parce qu'ils ont succédé à la *personne* qui avait stipulé et qu'ils ont ainsi les actions personnelles qu'elle avait elle-même.

253. En sens inverse, les héritiers du débiteur, représentant sa personne, doivent remplir ses obligations. (Même art. 1122.) Et ses simples ayants cause à titre particulier n'ayant reçu la chose qu'affectée de la charge qu'il lui avait imposée, ils doivent aussi, comme successeurs à cette même chose, souffrir l'exercice de cette charge ; car ils n'ont que les droits qu'avait leur

(1) Code de Hollande, art. 1354.

(2) Cependant, quant aux légataires ou donataires universels, ils représentent parfaitement la personne du défunt lorsqu'il n'y a pas d'héritiers auxquels la loi réserve une portion des biens, puisqu'alors ils sont *saisis* de plein droit comme le serait un héritier du sang. (Art. 1006.) C'est ce que nous avons dit en expliquant cet article.

auteur. Ils ne sont point tenus de ses obligations personnelles, mais ils doivent souffrir l'exercice des droits *réels* qu'il avait imposés sur l'objet au profit des tiers. En un mot, *habent causam auctoris sui propter rem.*

254. Quant aux créanciers, nous en parlerons au chapitre III; et nous parlerons, au chapitre IV, de la division des obligations, tant par rapport aux héritiers du créancier que par rapport aux héritiers du débiteur.

255. Non-seulement nous pouvons stipuler ou promettre pour nos héritiers, en stipulant ou en promettant pour nous, mais encore nous pouvons directement stipuler ou promettre pour eux sans le faire pour nous-mêmes nommément; car nous avons intérêt à la stipulation ou à la promesse, par cela seul qu'elle concernera notre hérédité. Ainsi, je puis très-bien stipuler que vous payerez tant à mes héritiers, ou à ma mort, ou cinq ans après mon décès; ou vous promettre tant payable par mes héritiers, ou à ma mort, ou cinq ans après mon décès.

Dans le droit romain antérieur à Justinien, il fallait que la stipulation ou la promesse eût pris racine dans la personne du stipulant ou du débiteur, pour qu'elle fût transmissible activement ou passivement à leurs héritiers; en sorte que *post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus a quo stipulabatur*. Et, par voie de conséquence, on ne pouvait stipuler ou promettre *pridie quam moriar,* parce que la veille de la mort ne pouvait être connue que par la mort même. Mais Justinien a changé le droit sur ce point, ainsi qu'il le dit au § 2 de ses Institutes, tit. *de Inutilib. stipul.;* nous suivons sa décision.

256. Le principe établi dans l'art. 1122, qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers, reçoit deux limitations.

La première a lieu lorsqu'il est *exprimé* dans la convention que les héritiers du stipulant n'en pourront exiger l'exécution, ou que cette exécution ne pourra être exigée des héritiers du débiteur. Par exemple, *je vous promets de vous payer dans un an mille francs* (pour quelque chose que vous avez fait pour moi), *mais que vous ne pourrez exiger de mes héritiers*, ou bien *des enfants que je laisserais pour héritiers.* En sens inverse, *vous me promettez de me payer, dans un an, mille francs, mais que moi seul*, ou bien *mes enfants héritiers, et non d'autres qui me succéderaient, pourront seuls exiger.*

Dans le premier cas, si je meurs avant d'avoir été en demeure de remplir mon obligation, elle est éteinte. Dans le second, si vous mourez avant d'avoir été en demeure de remplir la vôtre, elle est pareillement anéantie.

257. Mais si, au contraire, je meurs après avoir été en demeure de remplir mon engagement, mes héritiers, quels qu'ils soient, seront tenus de le remplir; et il en sera de même de vos héritiers, quels qu'ils soient, si vous mourez étant en demeure de remplir le vôtre. Car mon obligation, ou la vôtre, qui aurait pris fin par notre mort, si, lorsqu'elle est arrivée, nous n'avions pas été en demeure, s'est perpétuée par cette circonstance.

C'est une règle de droit, en effet, que les actions qui s'éteignent par un certain temps, ou par la mort de l'une des parties, continuent nonobstant le temps écoulé ou le décès, lorsqu'elles ont été intentées : *Actiones quæ morte aut tempore pereunt, in judicio semel inclusæ, salvæ manent.* L. 139, ff. *de Regul. juris.*

A la vérité, cela tenait, dans le droit romain, à ce que la *litis contestatio* opérait une sorte de novation, dans l'intérêt du créancier; mais, quoique cette *quasi novatio* ne soit pas précisément reconnue par nos lois, il n'en est pas moins vrai aussi que, sous beaucoup de rapports, les effets sont à peu près les mêmes chez nous, car la demande judiciaire est également interruptive de la prescription, et les art. 330 et 957 (1), notamment, nous offrent des exemples de cas où l'action, qui se serait éteinte avec la vie de la personne, se prolonge par cela seul qu'elle a été intentée de son vivant.

D'ailleurs, mes héritiers ou les vôtres ne peuvent profiter de ce que nous n'avons pas rempli nos engagements suivant la teneur du contrat, et c'est cependant ce qui arriverait s'ils ne devaient pas les exécuter, puisqu'ils trouveraient une

(1) Code de Hollande, art 326 et 1729.

succession plus opulente qu'elle ne l'eût été si ces mêmes engagements avaient été remplis par nous.

Et quant à la mise en demeure, elle a pu avoir lieu ou par une demande en justice, ou même par une simple sommation ou autre acte équivalent, formée ou signifiée lorsque la dette était devenue exigible, ou par l'effet de la convention, si elle portait que, sans qu'il fût besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur serait constitué en demeure. (Art. 1139) (1).

258. Mais il faut, pour que la limitation dont nous venons de parler ait lieu, qu'il soit évident que les parties ont voulu restreindre l'effet de l'engagement à leur seule personne. Ainsi, quoiqu'il eût été dit dans la convention : *Moi, Paul, je m'oblige*, etc., cela seul ne voudrait pas dire que l'effet de l'acte doit être restreint à moi seul; car, *plerumque persona pacto inscritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est.* L. 7, ff. *de Pactis.*

259. La seconde limitation que souffre la règle qu'on est censé avoir stipulé ou promis pour ses héritiers et ayants cause, dérive *de la nature de la convention*, et elle s'applique à plusieurs cas. Nous rapporterons les principaux.

1° Lorsque, dans son contrat de mariage, la femme stipule la faculté de reprendre ses apports francs et quittes de toutes dettes de la communauté, en y renonçant, cette clause, qui affranchit la femme de toute contribution aux pertes, et qui lui laisse cependant le droit de participer aux bénéfices, s'il y en a, en acceptant la communauté, est restreinte, dans ses effets, à la seule personne de la femme (art. 1514) (2), parce qu'elle est contraire à la nature de la société, et tout à fait exorbitante du droit commun. (Article 1855) (3). Elle ne s'étendrait aux héritiers de la femme qu'autant qu'ils y auraient été formellement compris ; et la mention des enfants et descendants ne s'étendrait pas aux ascendants ni aux collatéraux. (*Ibid.*)

2° Il y a exception aussi à la règle, lorsque je stipule quelque chose qui doit m'être tout à fait personnel, par exemple, que je pourrai me servir des livres de votre bibliothèque, ou de certains manuscrits qui sont en votre possession. Mes héritiers, quels qu'ils fussent, n'auraient pas le droit, du moins généralement, d'exiger à leur profit l'exécution de la convention, surtout si elle était à titre gratuit, un pur commodat.

3° Les louages d'ouvrage sont dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur. (Art. 1795) (4). Souvent, dans ces contrats, le talent particulier de la personne est pris en considération ; et quoique, sous ce rapport, la résolution de la convention ait été prononcée par la loi principalement dans l'intérêt du locateur, néanmoins celui-ci ne pourrait pas en exiger l'exécution des héritiers de l'ouvrier, entrepreneur ou architecte, même lorsque les travaux auraient été commencés. L'on a présumé que ces ouvriers, architectes ou entrepreneurs n'avaient point entendu imposer à leurs enfants, ou autres héritiers, l'obligation d'exécuter des travaux auxquels pour la plupart du temps ils ne seraient point propres.

Le louage des services est pareillement dissous par la mort de l'employé, commis, serviteur ou domestique.

4° La société aussi se dissout par la mort naturelle ou civile de l'un des associés (art. 1865) (5), parce que ce contrat se forme généralement en considération de la personne des associés ; tellement que, dans le droit romain, l'on ne pouvait pas convenir qu'en cas de mort de l'un d'eux, la société se continuerait avec son héritier (6) ; ce qui a toutefois été changé dans notre législation. (*Ibid.*)

La communauté entre époux cesse de même de plein droit à la mort naturelle ou civile de l'un d'eux. (Art. 1441) (7).

5° Le mandat prend fin par la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire. (Article 2003) (8).

Et il en est de même de la tutelle : elle ne passe pas aux héritiers du tuteur (art. 419) (9); ce qui s'applique à la curatelle et autres charges analogues.

(1) Code de Hollande, art. 1274.
(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(3) Code de Hollande, art. 1672.
(4) Ibid., art. 1648.
(5) Ibid., art. 1683.

(6) LL. 35 et 59, ff. *Pro socio.*
(7) Code de Hollande, art. 181.
(8) Ibid., art. 1850.
(9) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

Mais les héritiers du mandataire ou tuteur sont responsables de la gestion de leur auteur, comme les héritiers d'un associé, ou du mari, dans le cas de communauté, sont responsables des faits de celui à qui ils ont succédé.

6° Enfin les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation ne passent pas non plus aux héritiers de l'usufruitier ou de l'usager. (Art. 617 et 625) (1).

Il en est ainsi des rentes viagères et des pensions alimentaires, quoique le titre constitutif n'eût pas spécialement restreint la durée de ces pensions à la vie de la personne; *cessante causa, cessat effectus.*

On peut, à l'inverse de la rente viagère, qui dure pendant la vie du créancier, si c'est sur sa tête qu'elle a été constituée, établir une rente ou des annuités pendant la vie seulement du débiteur. Cette manière est même bien plus morale que la rente viagère pendant la vie du créancier; car celle-ci ne laisse rien aux héritiers de la personne qui a employé son bien pour prix de la rente, tandis que l'effet de celle-là est seulement d'affranchir les héritiers du débiteur, ce qui est très-favorable de sa nature, comme l'est en général la libération.

260. On peut stipuler pour ses héritiers, disons-nous, parce qu'ils sont la continuation de nous-mêmes, et qu'il doit nous être permis par conséquent de pourvoir à leur intérêt : *Hæredi cavere concessum est.* L. 10, ff. *de Pactis dotalib.* L. 38, ff. *de Verb. oblig.*

Cela ne fait pas de difficulté lorsque nous stipulons d'une manière générale pour nos héritiers, comme une femme mariée en communauté qui stipulerait pour elle et *ses héritiers* la faculté de reprendre ses apports, en renonçant à la communauté. (Art. 1514.)

Mais quand nous désignons la personne pour laquelle nous stipulons, il est nécessaire, en général, de déclarer que l'on stipule pour elle comme pour notre future héritière; autrement la stipulation ne serait pas valable, quoique cette personne devînt effectivement notre héritière. L. 17, ff. *de Pactis.* Et tel est aussi l'avis de Pothier, n° 62. En effet, la stipulation eût été d'abord pour autrui, et, comme telle, elle eût été nulle dès le principe.

Vice versa, si je stipule pour un tel en tant que mon héritier futur, et qu'il renonce à ma succession, la stipulation est nulle, si l'on n'est pas dans un des cas où l'on peut utilement stipuler pour autrui.

Le jurisconsulte Julien a porté si loin la rigueur de ce principe, que lorsque nous stipulons pour quelqu'un dans la vue qu'il sera notre héritier il faut le déclarer, qu'il décide que, si un débiteur est convenu avec son créancier que celui-ci n'exigerait pas ce qui lui est dû, ni de lui débiteur, ni d'une telle, *sa fille*, le pacte n'a point d'effet par rapport à la fille, quoiqu'elle devienne héritière de son père. § 4, de la même loi 17, ff. *de Pactis.*

Mais Brunnemann, *ad hanc legem*, dont Pothier adopte le sentiment, pense, avec raison, que la décision de Julien est trop rigoureuse, et qu'elle ne doit pas être suivie; car, disent ces auteurs, lorsque je stipule de mon créancier qu'il n'exigera ni de moi ni de *ma fille* la somme que je lui dois, il est clair que je stipule cela pour ma fille au cas où elle deviendrait débitrice : or elle ne deviendra débitrice qu'en devenant mon héritière; je fais donc par cela même la convention en faveur de ma fille pour le cas où elle serait mon héritière, et en sa future ou présomptive qualité d'héritière.

Et, comme l'a très-bien observé Pothier, l'on peut d'autant mieux s'écarter de la décision de Julien, qu'il paraît que les jurisconsultes romains eux-mêmes n'ont pas été d'accord sur cette question. Celse, en effet, dans la loi 33 au même titre, paraît clairement avoir pensé différemment; il n'exige pas pour que le pacte libératoire profite au fils du débiteur, en faveur duquel il avait aussi été interposé, que l'on ait parlé de ce fils en sa qualité de futur héritier de son père.

Bien certainement, dans notre droit, la femme commune en biens qui aurait stipulé, pour elle et *ses enfants*, la faculté de reprendre ses apports francs et quittes, en renonçant à la communauté, aurait valablement stipulé pour eux, quoiqu'elle n'eût pas fait d'ailleurs mention dans l'acte de leur qualité d'héritiers futurs. (Art. 1514.) Mais, pour pouvoir invoquer la clause, il faudrait qu'ils se portassent héritiers de leur mère, au moins bénéficiairement.

261. En principe, je ne puis stipuler seule-

(1) Code de Hollande, art. 831 et 865.

ment pour *tel* de mes héritiers futurs quand il s'agit de quelque chose de divisible, comme une somme d'argent, un fonds de terre, etc.; car cet héritier ne devant me représenter que quant à la part pour laquelle il me succédera, le surplus serait une stipulation faite pour autrui, puisqu'en général l'intérêt d'affection ne suffit pas en droit pour m'autoriser à stipuler en mon propre nom, pour un autre. C'est ce que décidaient les lois romaines de la manière la plus formelle : *Sciendum est, quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex hæredibus adquiri; sed necesse est omnibus adquiri. L.* 137, §*fin.* ff. *de Verb. oblig.* Et Pothier, ennemi, comme l'on sait, des subtilités que l'on remarque quelquefois dans cette législation, adopte sans difficulté ce principe, qui est, au surplus, susceptible de quelques restrictions, dont nous allons parler.

Mais en quel sens doit-il être entendu ? La stipulation sera-t-elle bonne pour le tout, et le bénéfice en sera-t-il, en conséquence, acquis à tous les héritiers, dans la proportion de leurs parts héréditaires, nonobstant la restriction à tel d'entre eux? ou bien n'y aura-t-il de valablement stipulé que la part pour laquelle ce dernier sera héritier?

D'abord, quand c'est un débiteur qui fait avec son créancier la convention que celui-ci ne pourra demander à tel de ses futurs héritiers, de lui débiteur, sa part dans la dette, cette convention est parfaitement dans les règles, et elle ne profite qu'à cet héritier seulement : c'est un pacte de remise que les lois romaines elles-mêmes admettaient sans difficulté : *Quippe hæredi consuli concessum est, nec quidquam obstat uni tantum ex hæredibus providere, si hæres factus sit, cæteris autem non consuli.* L. 33, ff. *de Pactis.*

Ce cas diffère, en effet, de celui de la stipulation au profit d'un seul ou de plusieurs des héritiers du stipulant; car la condition des autres héritiers n'est point aggravée par la restriction, puisqu'ils ne devront toujours chacun que leur part dans la dette; tandis que, dans le cas de stipulation, cette stipulation serait réellement censée faite pour autrui en ce qui excéderait la part héréditaire de l'héritier en faveur de qui elle serait faite, s'il devait seul en profiter (1). Toutefois, dans le cas de la remise, il faut qu'elle ait été gratuite ; car si le débiteur avait donné, pour l'obtenir, quelque chose qui eût quelque valeur, l'héritier devrait en faire le rapport à ses cohéritiers, à moins qu'il n'en eût été dispensé de l'une des manières exprimées à l'art. 919 (2) ; et, dans ce cas, ce qui aurait été ainsi payé serait imputable sur la quotité disponible.

Quant à la stipulation faite au profit seulement de l'un des futurs héritiers du créancier, il faut tenir en principe qu'elle est valable pour la totalité, et que chacun des héritiers pourra en demander l'exécution pour sa part, comme si elle n'avait pas été faite nommément au profit de l'un d'eux seulement : la restriction est réputée non avenue ; elle l'eût été dans le droit romain lui-même, d'après la loi 137, § *ult. de Verb. oblig.* précitée : *Quia necesse est omnibus hæredibus adquiri quod stipulemur.*

Pothier la regardait aussi comme non écrite dans les obligations divisibles, et c'est à l'égard de celle-là seulement que nous agitons maintenant la question.

D'après cela, l'héritier n'aurait pas l'action pour le tout contre le débiteur, sans une cession ou un mandat de ses cohériters, ou une clause du partage, qui en tiendrait lieu ; et s'il avait touché toute la dette, il en devrait faire raison à ses cohéritiers, comme dans les cas ordinaires, à moins que le don ne lui en eût été fait avec dispense de rapport, suivant les formes prescrites à cet effet.

Au reste, un créancier peut désigner l'un de ses héritiers présomptifs pour recevoir le payement de la dette en totalité, comme il pourrait désigner un étranger ; et le débiteur qui le lui aura fait sera valablement libéré à l'égard des autres, même lorsqu'il l'aurait fait depuis la mort du créancier (3). Mais l'héritier qui l'aura reçu sera tenu d'en faire raison à ses cohéritiers lors du partage, comme objet sujet à rapport. (Article 851) (4). Et dans le cas où il renoncerait à la succession, les autres auraient contre lui

(1) Cujas, sur la L. 56, § 1, ff. *de Verb. oblig.*, explique parfaitement la raison de différence, et concilie ainsi la loi 33, ff. *de Pactis*, avec la loi 137, § *ult. de Verb. oblig.*, à laquelle on a coutume de l'opposer.

(2) Code de Hollande, art. 966.

(3) L. 1re Cod. *de Except. seu præscrip.* Cujas, sur cette loi.

(4) Code de Hollande, art. 1142.

l'action *mandati* pour l'obliger à rendre compte de ce qu'il a reçu ; car il serait seulement réputé *adjectus solutionis gratia,* s'il n'était pas établi que le défunt a voulu lui faire un don de la somme.

262. Si, lorsqu'il s'agit de quelque chose de divisible, l'on ne peut stipuler pour un seul de ses futurs héritiers, de manière qu'il eût à lui seul le bénéfice de l'obligation, sans y faire participer ensuite ses cohéritiers, ou même qu'il pût seulement exercer, sans mandat de la part de ceux-ci, l'action pour la totalité, il n'en est pas ainsi lorsque l'objet de la stipulation est quelque chose d'indivisible, comme le sont la plupart des *faits.* Par exemple, dans les obligations qui consistent *in faciendo,* comme chacun des héritiers succède, en général, pour le tout à la créance qui en résulte, par la nature même de cette créance, qui n'est généralement pas susceptible de parties, je puis très-bien, en stipulant nommément pour un tel, l'un de mes héritiers présomptifs, le faire succéder seul pour le total à la créance qui résultera de cette stipulation, de manière qu'il aura en sa personne le droit de poursuivre le débiteur pour le total: *At cum quid fieri stipulemur, unius personam recte comprehendi. L.* 137, § *ult.*, ff. *de Verb. oblig.*

De là, si, en vendant un héritage à un peintre, je mets la clause qu'il fera, par forme d'étrennes ou de pot-de-vin, le portrait de ma fille, et que je vienne à mourir avant qu'il ait fait ce portrait, ma fille seule aura l'action pour l'obliger à exécuter la clause, ou à payer les dommages-intérêts. Pothier le décide ainsi (1), mais il ajoute que, dans les coutumes qui ne permettent pas à un père d'avantager l'un de ses enfants venant à la succession, cet enfant serait obligé de récompenser ses cohéritiers pour leurs parts.

Cette observation doit toutefois être restreinte aux cas où ce qui serait stipulé pour l'un des enfants serait de quelque importance et aurait de la valeur pour lui, augmenterait son patrimoine; et, dans tous les cas, elle ne serait applicable qu'autant que la stipulation du père serait à titre onéreux. Alors, quoiqu'il soit permis, sous le Code, d'avantager l'un des enfants venant à la succession (art. 919), néanmoins cet avantage, quoique procuré indirectement, serait sujet à rapport, s'il n'y en avait dispense expresse dans la forme prévue à cet art. 919. (Art. 843) (2). Par voie de conséquence, en cas de dispense, la valeur de l'objet serait sujette à imputation sur la quotité disponible.

263. Mais de ce que dans les obligations divisibles on ne peut stipuler pour un seul de ses futurs héritiers, s'ensuit-il que l'on ne puisse pareillement, dans ces obligations, promettre qu'un seul des futurs héritiers sera tenu de la dette? L'affirmative n'était point douteuse dans les principes du droit romain, principes que Pothier a suivis dans son *Traité des Obligations*, nº 66, où il s'exprime ainsi: « Pareillement, « dans les obligations divisibles, de même que « nous ne pouvons stipuler pour quelqu'un qu'autant et pour la part qu'il sera notre héritier, « de même nous ne pouvons obliger quelqu'un « de nos héritiers que quant à la part pour « laquelle il sera notre héritier. C'est pourquoi « inutilement un débiteur comprendrait-il nommément un tel, qui doit être l'un de ses héritiers, car il ne sera tenu de la dette que comme « les autres héritiers qui n'y ont pas été compris : « *Te et Titium hæredem tuum decem daturum « spondes? Titii persona supervacua comprehensa est: sive enim solus hæres extiterit, in « solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo « quo cæteri cohæredes ejus.* L. 56, § 1, ff. *de « Verb. oblig.* »

Cela n'empêchait pas, du reste, que le débiteur ne pût, par son testament ou par un codicille, charger l'un des héritiers d'acquitter la dette en totalité, et sans recours contre ses cohéritiers, auquel cas c'était un legs par préciput qu'il faisait aux autres pour leur part dans cette même dette; et l'héritier qui était chargé de l'acquitter devait les garantir qu'il la solderait. L. 20, § 5, ff. *Famil. erciscundæ.*

Est-ce un tel cas, et autres analogues, que l'art. 1221 (3), nºs 4 et 5 combinés, a eus en vue, en disant que, « lorsque l'un des héritiers « est chargé seul, par le titre, de l'exécution de

(1) Il suppose toutefois que c'est un certain tableau que le peintre a promis de faire, et non un portrait, qui, n'ayant généralement pas la même valeur commerciale, peut apporter quelque modification à sa décision ultérieure, touchant l'indemnité des cohéritiers. — (2) Code de Hollande, art. 1132.

(3) Code de Hollande, art. 1136.

« l'obligation, cet héritier peut être poursuivi « pour le tout, sauf son recours contre ses co- « héritiers? »

Ou bien cette disposition est-elle absolue, applicable à tous les cas où le titre, en effet, chargerait l'un des héritiers d'acquitter la dette?

Ne doit-elle pas plutôt s'entendre, dans les cas ordinaires, du droit, pour le créancier, de *poursuivre* pour le tout l'héritier désigné, mais sans préjudice de la faculté, pour celui-ci, de mettre en cause ses cohéritiers, comme dans les obligations indivisibles proprement dites, à l'effet de faire diviser entre eux et lui le montant de la *condamnation*.

C'est ce que nous examinerons en traitant de la division des dettes entre les héritiers, au chap. IV, sect. 5.

Nous nous bornerons, quant à présent, à dire que ces questions ne sont point résolues d'une manière uniforme par les interprètes du Code. On a même prétendu qu'un débiteur peut imposer la solidarité à tous ses héritiers (1).

SECTION II.

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES.

SOMMAIRE.

264. *Il faut que la personne qui s'oblige soit capable de s'obliger.*
265. *En principe, toute personne est capable de contracter, si elle n'en est déclarée incapable par la loi.*
266. *Les mineurs, les interdits, les femmes mariées non autorisées, et quelques autres personnes à qui la loi a interdit certains contrats, sont ceux que la loi déclare incapables de contracter.*
267. *Mais ce n'est pas dans tous les cas, c'est seulement dans les cas prévus par la loi.*
268. *Et les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de celui avec lequel elles ont contracté : conséquences.*
269. *Développement du principe que ce n'est que dans les cas prévus par la loi que le mineur, l'interdit et la femme mariée, peuvent attaquer leurs engagements pour cause d'incapacité.*
270. *Renvoi à d'autres volumes de l'ouvrage quant à ce qui concerne les effets de l'incapacité des interdits, des femmes mariées non autorisées, et des individus placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire.*
271. *Renvoi quant aux actes faits par les tuteurs des mineurs et des interdits.*
272. *Renvoi aussi quant aux actes faits par les mineurs émancipés.*
273. *On ne s'occupe principalement ici que des effets de l'incapacité des mineurs en tutelle.*
274. *Le Code reconnaît deux classes de mineurs, les non émancipés et les émancipés.*
275. *Quel était l'effet de l'émancipation dans le droit romain.*
276. *Comment on distinguait les personnes à raison de l'âge, dans cette législation.*
277. *Quels étaient les effets des actes faits par les impubères et par les pubères* minores viginti quinque annis.
278. *Pas plus dans notre droit que dans le droit romain, l'enfant au-dessous de sept ans ne peut donner un consentement qui produise quelque effet, même dans son intérêt.*
279. *Quel est l'effet d'un contrat passé par un mineur au-dessus de sept ans? Texte des articles 1305 et 1306.*
280. *L'art. 1305, en autorisant la rescision, pour cause de lésion, des actes quelconques concernant les mineurs en tutelle, entend-il parler des actes faits par les tuteurs, ou par les mineurs avec l'autorisation de leur tuteur? Non, il entend parler des actes faits par les mineurs eux-mêmes. Opinion contraire d'un auteur.*
281. *Suite de la discussion.*
282. *Suite.*
283. *Suite.*
284. *Suite.*
285. *Réfutation de quelques objections.*
286. *Rapprochement des dispositions du titre* de la Tutelle *avec l'art. 1305.*
287. *Résumé de la discussion.*
288. *Pour qu'il y ait lieu à la rescision pour cause de lésion, il faut que la lésion soit de quelque importance.*
289. *La simple déclaration de majorité ne fait pas obstacle à la restitution du mineur.*
290. *Le mineur n'est pas restituable contre les obligations qui résultent de ses délits ou quasi-délits.*

(1) Dans certaines coutumes, en effet, telles que celles d'Amiens et de Bretagne, la solidarité entre les héritiers avait même lieu de plein droit.

291. *Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est pas non plus restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art.*

292. *Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec l'assistance et le consentement des personnes désignées par la loi.*

293. *L'observation des formalités prescrites pour les ventes même d'immeubles, et pour les partages, rend le mineur non recevable à attaquer ces actes pour cause de minorité.*

294. *Les majeurs ne sont restituables pour cause de lésion que dans les cas déterminés par la loi.*

264. Il ne suffit pas, pour qu'une convention soit valable, que le consentement des parties soit exempt des vices dont nous avons parlé à la précédente section, il faut encore que la personne qui s'oblige soit capable de s'obliger ; c'est là aussi une des conditions essentielles à la validité du contrat. (Art. 1108) (1).

265. Mais, en principe, « toute personne peut « contracter, si elle n'en est pas déclarée inca- « pable par la loi. » (Art. 1123) (2).

266. « Les incapables de contracter sont :
« Les mineurs,
« Les interdits,
« Les femmes mariées dans les cas exprimés « par la loi,
« Et généralement tous ceux à qui la loi a in- « terdit certains contrats » (art. 1124) (3) : comme les prodigues placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire, lesquels ne peuvent faire tels contrats sans être assistés de ce conseil, du moins à l'effet d'être valablement obligés.

267. Au surplus : « Le mineur, l'interdit et la « femme mariée, ne peuvent attaquer, pour « cause d'incapacité, leurs engagements, que « dans les cas prévus par la loi. » (Art. 1125) (4).

268. Et « les personnes capables de s'engager « ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, « de l'interdit ou de la femme mariée avec qui « elles ont contracté. » (Art. 1125.)

Il résulte de cette dernière disposition, que l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la femme mariée non dûment autorisée, ne produit qu'une nullité relative, et susceptible seulement d'être opposée par eux ou leurs héritiers. Et dans le cas même où le contrat est synallagmatique, par exemple, une vente, le principe n'est pas moins applicable : l'incapable peut en demander l'exécution, en exécutant de son côté, ou s'en tenir à la nullité de son engagement ; il a le choix. Le contrat, dans ce cas, n'est obligatoire que d'un seul côté ; mais il n'est pas contraire à l'essence des contrats synallagmatiques que l'une des parties ait le droit de se dégager, quoique l'autre ne l'ait pas : par exemple, l'achat fait sous la condition que l'acheteur pourra rendre la chose dans les six mois qui suivront le contrat, si elle lui déplaît, est très-valable (5) ; et il y a bien d'autres cas encore où l'une des parties peut se dégager, quoique l'autre ne le puisse pas. D'ailleurs, la nullité a besoin d'être demandée par l'incapable, et dans le délai prescrit par la loi ; en sorte que tant qu'il ne l'a pas fait prononcer, il est engagé, en droit. Mais tant que dure l'incapacité, l'autre partie ne peut pas forcer l'incapable à prendre son parti ; c'est sa faute d'avoir traité avec lui. Quand l'incapacité a disparu, il peut, en le poursuivant aux fins d'exécuter le contrat, s'il ne l'est déjà, l'obliger à se déclarer.

269. Comme ce n'est que dans les cas prévus par la loi, que le mineur, l'interdit et la femme mariée peuvent attaquer leurs engagements, il suit de là qu'un acte fait par eux ne sera pas annulable par cela seul que la loi ne l'aurait point spécialement autorisé ou déclaré valable, mais seulement qu'il sera annulable ou rescindable parce que la loi en aurait prononcé la nullité, soit spécialement, soit par l'effet d'une disposition générale qui comprendrait l'acte dont il s'agit.

Cette conséquence dérive invinciblement de la combinaison des art. 1124 et 1125.

Elle est sans importance à l'égard des actes

(1) Code de Hollande, art. 1356.
(2) Ibid., art. 1365.
(3) Ibid., art. 1366.
(4) Code de Hollande, art. 1367.
(5) L. 3, ff. *de Contrah. empt.*; L. 6, ff. *de Rescind. vendit.*

faits par les interdits, parce qu'ils sont tous et indistinctement compris dans la disposition générale et absolue de l'art. 502, qui les déclare nuls de droit. Nous avouerons même qu'elle n'est pas d'une grande importance en ce qui concerne les actes faits par les femmes mariées non autorisées ; car, à raison de la disposition générale de l'art. 217, suivant lequel « la femme, même non « commune, ou séparée de biens, ne peut don« ner, *aliéner*, hypothéquer, *acquérir à titre « gratuit ou onéreux*, sans le concours du mari « dans l'acte, ou son consentement par écrit, » il est vrai de dire que les femmes mariées non autorisées sont frappées, en principe, de l'incapacité de contracter, et que ce n'est que par exception, dans les cas prévus par la loi, qu'elles le peuvent ; quoique l'art. 1124 lui-même ne les déclare incapables qu'exceptionnellement, c'est-à-dire *dans les cas exprimés par la loi*.

Mais la conséquence que nous avons tirée d'abord a de l'importance relativement aux actes passés par les mineurs.

En effet, si les mineurs ne sont point, en principe, incapables de contracter, s'ils ne le sont que dans les cas prévus par la loi, et si ce n'est que dans ces cas seulement qu'ils peuvent attaquer leurs engagements, alors il faudra ne pas sortir de ces mêmes cas; et, pour qu'un mineur puisse obtenir la rescision de son obligation, il ne lui suffira pas d'alléguer et de prouver qu'il était mineur lors de l'acte, il faudra de plus qu'il prouve qu'il est dans une des hypothèses prévues par la loi pour être restitué.

C'est ce qu'il convient de démontrer, afin d'établir, le plus clairement possible du moins, la théorie du Code sur ce point important.

270. Auparavant, nous devons faire observer qu'ayant déjà traité avec étendue de l'incapacité des interdits (1), nous ne pouvons que renvoyer le lecteur à ce que nous avons dit à ce sujet, afin d'éviter d'inutiles répétitions.

Il en est de même quant à l'incapacité des femmes mariées non dûment autorisées : nous en avons développé les effets, et expliqué les cas où elle cesse, au titre *du Mariage* (2).

Nous avons également parlé (3) de l'incapacité de l'individu auquel, à raison de sa faiblesse d'esprit, ou du vice de prodigalité, il a été donné un conseil judiciaire, sans l'avis duquel il ne peut plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques. (Articles 499 et 513.)

271. Au titre *de la Tutelle et de l'Émancipation*, nous avons développé l'étendue des pouvoirs du tuteur, d'après le principe qu'il représente le mineur dans tous les actes civils. (Art. 450.) On y a vu quels sont les actes qu'il peut faire seul, en vertu du pouvoir que la loi lui a conféré ; ceux qu'il ne peut faire que d'après une autorisation du conseil de famille ; ceux pour lesquels il est même besoin d'une homologation du tribunal ; ceux enfin qui lui sont interdits d'une manière absolue.

272. On a vu aussi, dans l'explication du même titre, quelle est l'étendue de la capacité du mineur émancipé ; quels sont les actes qu'il peut faire en raison de la seule émancipation, sans espoir d'être restitué, si ce n'est dans les cas où un majeur pourrait l'être lui-même ; quels sont ceux qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance d'un curateur ; ceux enfin qu'il ne peut faire même avec cette assistance, et pour lesquels il faut observer les formalités qui seraient prescrites s'il n'était point émancipé.

273. Les autres cas où certaines personnes ne peuvent faire certains contrats ont été traités, ou le seront dans la suite, sous les titres auxquels ils se rattachent.

Nous n'avons à nous occuper ici que de l'incapacité des mineurs, considérée en général, et plus particulièrement des effets de celle du mineur non émancipé, dont nous n'avons point parlé au titre *de la Tutelle*, parce que le législateur ne s'est occupé, dans ce titre, que de ce qui concerne la tutelle elle-même, et non des actes faits par le mineur, tant qu'il n'est point émancipé. Il a seulement voulu régler le mode d'administration du tuteur.

(1) Tome III, au titre *de l'Interdiction*, chap. 1er, sect. 4, §§ 2 et 3, et encore en ce qui concerne les *Donations* et les *Testaments*, au tome VIII, chap. II, sect. 1re, § 1er.

(2) Chap. VI, sect. 2, §§ 2 à 6 inclusivement, tome II.

(3) Au titre *de l'Interdiction*, chap. II, tome III.

274. Le Code reconnaît deux classes de mineurs : les mineurs non émancipés, qui sont sous la puissance paternelle, ou placés en tutelle, et les mineurs émancipés, qui sont seulement soumis à la surveillance d'un curateur, sans l'assistance duquel ils ne peuvent recevoir leur compte de tutelle, ni faire les actes qui sortent des bornes de la simple administration des biens, sans remplir les formalités prescrites au mineur non émancipé. (Art. 484) (1).

275. Dans le droit romain, on s'attachait à l'âge, et non à l'émancipation, pour apprécier la capacité de la personne. L'émancipation, qui pouvait avoir lieu à tout âge, avait seulement pour effet de rendre l'individu *paterfamilias, sui juris*, de fils de famille, ou *alieni juris*, qu'il était, et de lui faire ainsi acquérir ou stipuler pour lui, ce qu'il acquérait ou stipulait auparavant pour celui sous la puissance duquel il était placé (2).

276. On distinguait les personnes en pubères et en impubères.

Les pubères étaient les mâles qui avaient franchi quatorze ans accomplis, et les filles ou femmes qui avaient douze ans révolus.

Passé cet âge, et jusqu'à vingt-cinq ans, les personnes étaient dites *minores viginti quinque annis*. Du reste, quelquefois on comprenait aussi sous la même qualification les impubères eux-mêmes; mais ce n'était pas ordinaire.

Les impubères étaient partagés en trois classes : ceux qui avaient moins de sept ans accomplis, et qu'on appelait *infantes, qui fari non possunt*, ou qui n'ont pas du moins l'intelligence de ce qu'ils font et de ce qu'ils disent, *qui a furioso non multum distant* (3) ; ceux qui étaient *proximi aut proximæ infantiæ ;* et ceux enfin qui étaient *proximi aut proximæ pubertati*.

Les interprètes n'ont toutefois pas été d'accord sur l'époque de la séparation, d'autant mieux qu'il n'y a point de textes qui l'établissent clairement. Les uns ont prétendu que l'impubère était *proximus infantiæ* tant qu'il n'avait pas douze ans révolus ; d'autres, tant qu'il n'avait pas treize ans accomplis ; Cujas, tant qu'il lui manquait six mois pour être pubère ; Accurse divisait en deux temps égaux celui qui séparait l'enfance de la puberté ; enfin d'autres ont dit que c'était un point laissé à la sagesse du juge, qui devait se décider par l'intelligence de la personne (4).

277. Jusqu'à sept ans, l'impubère était incapable de contracter, soit à l'effet d'obliger un autre envers lui, soit à l'effet de s'obliger envers un autre ; l'autorité du tuteur ne pouvait même s'appliquer utilement à l'acte fait par un pupille de cet âge (5). Il n'y avait point de consentement dans un être dont l'intelligence était encore si peu développée.

Passé sept ans, le pupille pouvait valablement contracter et s'obliger avec l'autorité de son tuteur, qui suppléait à l'imperfection de son discernement ; et même sans cette autorité, il obligeait valablement un autre envers lui (6). Cela n'avait pas d'abord été admis à l'égard du *proximus infantiæ*, qui était également considéré comme manquant d'un discernement suffisant pour contracter, parce que lui aussi *non multum a furioso distat*, mais on avait fini par l'admettre, par faveur pour les pupilles : *sed in proximis infantiæ, propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi* (7).

En sorte que, s'il s'agissait d'un contrat synallagmatique, par exemple d'une vente (8), le pupille pouvait en demander l'exécution (mais en exécutant de son côté), ou il pouvait tenir le contrat pour nul et non avenu (9). Le contrat était *boiteux*, pour nous servir de l'expression de quelques auteurs : il n'était obligatoire pour l'im-

(1) Code de Hollande, art. 485.

(2) Sans préjudice de ce qui concernait les pécules. *Voyez* à cet égard au tome III, n° 348.

(3) § 9, Inst. *de Inutil. stipul.;* L. *Infanti* 18, Cod. *de Jure delib.;* L. 1, § 2, ff. *de Adm. tut.*, et L. 14, ff. *de Sponsal.*

(4) *Voyez* Vinnius, sur le § 3, Inst. *de Inutil. stipul.* Il a embrassé l'opinion d'Accurse, suivie aussi par Paul de Castres et par plusieurs autres docteurs.

(5) Néanmoins, dans les choses qui consistaient en *fait* plutôt qu'en *droit*, par exemple, pour acquérir la possession, l'autorité du tuteur pouvait s'appliquer à l'acte d'un enfant même de moins de sept ans, L. 1, § 3; L. 32 *ult.* ff. *de Acquir. posses.;* L. 3, Cod. *eod. tit.*

(6) Toutefois, il ne pouvait pas, sans cette autorité, faire adition d'hérédité, ni recevoir une hérédité laissée par fidéicommis, ni demander la *possession des biens*, § 1, Instit. *de Auctorit. tutor.*

(7) § 9, Instit. *de Inutil. stip.*

(8) L. 13, § *antepenult.* ff. *de Act. empt. et vend.*

(9) *Princip.* Inst. *de Auct. tut.*

pubère que conditionnellement, c'est-à-dire, s'il le voulait. Du reste, le pupille était toujours obligé jusqu'à concurrence de ce dont il s'était enrichi de la chose de l'autre partie (1) : *Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura* (2).

Quant aux pubères n'ayant pas vingt-cinq ans accomplis, à plus forte raison pouvaient-ils valablement obliger les autres personnes envers eux, et ils s'obligeaient valablement aussi envers les autres ; mais s'ils étaient lésés par le contrat, ils pouvaient obtenir du magistrat d'être restitués contre ce qu'ils avaient fait (3). Il fallait toutefois pour cela que la lésion fût tant soit peu importante, *quia de minimis non curat Prætor*, et qu'elle résultât de l'acte, et non d'un événement casuel et imprévu.

Toutefois, s'ils se trouvaient pourvus d'un curateur, ils ne pouvaient s'obliger sans son autorité ; autrement le contrat était nul *ipso jure*, tellement qu'il n'était pas besoin de le faire rescinder par une restitution *in integrum* (4).

Et même avec l'autorité du tuteur ou du curateur, il était des actes qui ne pouvaient être faits valablement sans un décret du magistrat : tels étaient d'abord les aliénations et engagements des immeubles ruraux, et de ceux qui étaient situés dans la banlieue de la ville, *suburbana*; et, plus tard, des héritages urbains, et des esclaves attachés aux héritages ruraux (5).

Et quoique les aliénations eussent été faites en vertu d'un décret du magistrat, elles pouvaient encore être rescindées dans les délais fixés pour obtenir la restitution *in integrum*, si elles avaient eu lieu sans nécessité, par suite des manœuvres des tuteurs ou curateurs, ou s'il y avait eu collusion entre ceux-ci et l'acheteur (6), et même si le mineur avait été fortement lésé dans la vente (7).

Le payement fait au pupille, sans l'autorité du tuteur, ne libérait pas le débiteur, sauf à lui à prouver que la chose payée avait tourné au profit du pupille. Et Justinien a même voulu que le payement, pour libérer définitivement le débiteur, fût fait au tuteur ou au curateur, d'après une sentence du juge (8).

Enfin, l'intervention du tuteur ou du curateur, dans l'acte du pupille ou du mineur, rendait bien cet acte valable, si toutefois encore la loi, à raison de la nature de l'affaire, n'exigeait pas l'observation de certaines formalités, par exemple, un décret du magistrat dans les aliénations d'immeubles ; mais, en général, les pupilles et les mineurs n'en pouvaient pas moins demander et obtenir, à leur majorité, la restitution *in integrum*, s'ils avaient été lésés par l'acte. *Voyez* à cet égard le titre du Code, *Si tutor vel curator intervenerit*, et les titres suivants. En sorte qu'il n'y avait pour ainsi dire aucune sûreté à traiter avec les mineurs, même autorisés de leur tuteur ou curateur.

Et à plus forte raison étaient-ils restitués lorsqu'ils avaient omis d'acquérir par négligence ou par ignorance de leur tuteur ou curateur, ou d'eux-mêmes : *Minoribus in his quæ vel prætermiserunt vel ignoraverunt, innumeris auctoritatibus constat esse consultum*. L. 8, Cod. *de in integ. restit. minor. viginti quinque annis.*

278. Les rédacteurs du Code civil n'ont point adopté ces principes dans toute leur étendue : il s'en faut de beaucoup ; et leur système, en général, est bien préférable sous tous les rapports. Le tout est de le bien saisir, car on ne peut se dissimuler qu'il n'y ait quelque obscurité dans les dispositions du Code à ce sujet.

Il est toutefois certain que les personnes qui ont traité avec des mineurs ne peuvent se prévaloir de l'incapacité de ces derniers (art. 1125). En vain diraient-elles qu'il n'y a pas de contrat sans consentement (art. 1108), et qu'il est impossible de supposer le consentement dans un enfant ; car, d'abord, nous n'avons pas à supposer qu'une personne qui ouït de son bon sens fasse sérieusement un contrat ou une convention de quelque importance avec un enfant en très-

(1) L. 1, L. 5, § 1, ff. *de Auctorit. tutor.*

(2) L. 14, ff. *de Condict. indeb.*

(3) L. 3, Cod. *de In integ. restit. minor. vigenti quinq. annis.*

(4) Même loi 3, Cod. *de In integ. restit.*

(5) *Voyez* le titre du Code *de Prædiis vel aliis rebus minor. sine decreto non alienand. vel oblig.*

Néanmoins la formalité du décret, introduite par un sénatus-consulte, n'était point applicable aux aliénations qui avaient lieu en conséquence du droit d'hypothèque, ou en exécution des jugements. L. 1re, à ce titre.

(6) *Voyez* la L. 2, Cod. *Si advers. vendit.*

(7) LL. 1 et 11, Cod. *de Præd. vel aliis reb.*

(8) § 3, Instit. *Quibus alienare licet.*

bas âge, par exemple, au-dessous de sept ans. Les rédacteurs du Code n'ont pas prévu ce cas, parce qu'il est invraisemblable, et on n'en voit pas d'exemple dans les tribunaux (1). Si les Romains l'ont prévu, c'est moins dans la pensée que quelqu'un traiterait avec un impubère d'un âge aussi tendre, que pour établir que cet enfant ne pourrait stipuler utilement même avec l'autorité de son tuteur : c'était pour écarter, dans ce cas, la coopération de l'enfant.

Et puisqu'ils ont admis que, passé cet âge, il pouvait utilement stipuler, faire sa condition meilleure, même sans l'autorité du tuteur, quand d'ailleurs ils exigeaient, aussi bien que nous, le consentement pour la validité de tout contrat; on ne voit pas pourquoi on déciderait autrement dans notre droit, puisque le Code ne fait aucune distinction à raison de l'âge qu'a le mineur lorsqu'il contracte.

En effet, la disposition de l'art. 1125 est absolue ; c'est par forme de fin de non-recevoir que l'autre partie est écartée dans sa demande en nullité. C'est là une question de *capacité* et non de *consentement ;* le Code n'en a pas fait autre chose, comme le droit romain lui-même lorsque le pubère était au-dessus de sept ans.

Il faut bien d'ailleurs que l'autre partie ait trouvé assez de discernement dans le mineur pour avoir traité avec lui ; en un mot, elle est non recevable à prétendre que, vu son âge au moment du contrat, il n'a pas donné un consentement suffisamment éclairé, et en conséquence que le contrat est nul : c'est sa faute d'avoir traité avec lui. Le Code prussien, que nous venons de citer à ce sujet, décide, comme le droit romain, que les démonstrations de volonté des impubères au-dessous de quatorze ans, mais au-dessus de sept, sont valables lorsqu'il en résulte pour eux un avantage; pourquoi n'admettrait-on pas la même chose chez nous, au lieu de laisser au juge le pouvoir de décider arbitrairement de la validité de l'acte dans l'intérêt du mineur, sous prétexte qu'il s'agit d'une question de consentement et non pas seulement de capacité?

Dans le cas où l'on a traité avec un individu interdit pour démence, serait-on admis à venir dire qu'il était réellement privé de sa raison au moment du contrat, et en conséquence qu'il n'a pu donner un consentement valable? On serait écarté par forme de fin de non-recevoir (art. 1125); donc il en doit être de même lorsqu'on a traité avec un mineur, pourvu que ce mineur ait passé l'âge auquel diverses législations ont attaché des effets à la manifestation de sa volonté, c'est-à-dire sept ans ; car s'il était au-dessous de cet âge, celui qui aurait fait un acte avec lui serait naturellement présumé l'avoir fait *jocandi causa*, plutôt que sérieusement.

279. C'est seulement, avons-nous dit, *dans les cas prévus par la loi*, que l'article 1125 permet aux mineurs d'attaquer leurs engagements ; mais quels sont ces cas? C'est là, il faut l'avouer, un des points les plus obscurs du Code.

L'article 1305 (2) porte : « La simple lésion « donne lieu à la rescision en faveur du mineur « non émancipé contre toutes sortes de conventions, et en faveur du mineur émancipé contre « toutes conventions qui excèdent les bornes de « sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée par « le titre *de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation*. »

L'article 1306 (3) ajoute, d'une manière générale, que « le mineur n'est pas restituable pour « cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un « événement casuel et imprévu. »

Il est bien évident que la rescision n'est fondée ici que sur la lésion ; que ce n'est pas là une nullité de droit, comme celle qui est prononcée par l'article 502 (4) à l'égard des actes faits par un interdit, depuis le jugement d'interdiction ; car il serait bien inutile de parler de lésion, d'en faire une condition de la rescision de l'acte, là où cet acte serait annulable pour incapacité, puisque la nullité produirait le même effet pour le mineur, et lui ouvrirait même une voie plus simple pour faire abolir l'acte.

(1) Le Code prussien l'a prévu toutefois, mais par tradition des lois romaines ; il porte, part. I, tit. IV, nº 20 : « Toutes les « démonstrations de volonté *au-dessous de sept ans*, seront « nulles. »
Nº 21 : « Celles des impubères au-dessous de quatorze ans « n'ont de valeur qu'autant qu'il en résulte pour eux un avan« tage. »

(2) Code de Hollande, art. 1482.

(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(4) Code de Hollande, art. 500.

280. Mais de quels actes veut-on parler, et par qui ceux qui concernent des mineurs non-émancipés ont-ils dû avoir été passés pour qu'ils soient seulement sujets à rescision?

Quelques personnes prétendent que cet article 1305 ne statue pas sur les actes que le mineur non émancipé a faits lui-même, mais seulement sur ceux qu'a faits son tuteur, et sur ceux qu'il a faits avec l'autorisation du tuteur, et dans lesquels il a été lésé; qu'à l'égard de ceux qu'il a faits sans être autorisé, ils sont nuls *mero jure*, sans qu'il y ait besoin d'établir de lésion pour les faire anéantir.

« Ainsi, dit M. Toullier (1), qui explique l'article 1305 par les principes du droit romain, et dont la doctrine sur ce point nous paraît trop absolue, si le mineur en tutelle a fait un acte sans l'autorisation de son tuteur, cet acte est nul *mero jure;* mais s'il a été autorisé, l'acte est seulement sujet à rescision pour cause de lésion, en vertu de l'art. 1305. Il en est, dit-il, du mineur comme de la femme mariée; lorsque celle-ci contracte sans être autorisée, son acte est nul; et, par la même raison, lorsque le mineur traite sans l'autorisation du tuteur, l'acte qu'il fait est pareillement nul. »

« L'article 1304 (2) donne expressément aux mineurs l'action en *nullité* ou l'action en *rescision,* et l'article 1311 (3) prévoit le cas où le mineur a l'une ou l'autre action, en disant : « Le mineur « n'est plus recevable à revenir contre l'engage- « ment qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il « l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement « fût *nul en sa forme*, soit qu'il fût seulement « *sujet à restitution.* »

« Or, ajoute le même auteur, quelle est la forme requise pour la validité des obligations du mineur? *C'est, sans contredit, l'autorisation du tuteur*. Donc, sans cette autorisation, l'obligation est *nulle en sa forme,* et donne lieu à l'action en nullité. La même conséquence se tire de l'article 1125. Il porte que « le mineur, l'interdit « et la femme mariée ne peuvent attaquer leurs « engagements que dans les cas prévus par la « loi. » Or, quels sont les cas où la loi permet à la femme d'attaquer ses engagements *pour cause d'incapacité?* C'est lorsqu'elle a contracté sans le concours ou le consentement de son mari. Quels sont les cas où la loi permet au mineur d'attaquer ses engagements *pour cause d'incapacité?* C'est également lorsqu'il a contracté sans l'autorisation de son tuteur. Le seul défaut d'autorisation rend nuls les contrats de la femme, sans qu'il ait besoin de prouver qu'ils lui sont onéreux. Il en est de même du mineur : en cela leur condition est la même; elle devient différente lorsqu'ils ont été autorisés. Leurs contrats sont également valides, à la vérité; mais, à la différence de ceux de la femme mariée, les contrats du mineur peuvent être rescindés pour simple lésion. (Art. 1305.) C'est au cas du mineur autorisé, comme au cas où le tuteur a contracté pour le mineur, qu'il faut appliquer la maxime : *Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus*. (C'est-à-dire la disposition de l'article 1305.) »

Et comme M. Proudhon avait écrit, dans son *Cours de droit français*, tome II, page 284, « que les engagements du mineur sont nuls toutes « les fois qu'on a violé les formes *spécialement* « prescrites à l'égard des mineurs, et qu'il peut « seulement y avoir lieu à rescision dans les « négociations pour lesquelles la loi n'a établi « aucunes formalités particulières à raison de la « minorité; » M. Toullier relève ces expressions en disant : On pourrait induire de cette manière « de s'exprimer que l'omission *de la formalité* « *générale de l'autorisation* ne suffirait pas pour « rendre nuls les engagements des mineurs, mais « seulement pour les soumettre à la rescision, « et qu'il n'y a nullité que dans les cas énumérés « par M. Proudhon, ventes d'immeubles, em- « prunts, etc., pour lesquels le Code exige des « formes spéciales. Si telle est son opinion, nous « ne pouvons nous y rendre, et nous pensons « que l'omission *de la formalité générale de* « *l'autorisation suffit dans le droit français,* « *comme dans le droit romain*, pour rendre « nuls, *mero jure*, les engagements des mi- « neurs, sans recourir à la voie extraordinaire « de la restitution en entier ou de la resci- « sion. »

(1) Tome VI, n[os] 105 et suivants.
(2) Code de Hollande, art. 1490.
(3) Code de Hollande, art. 1491.

281. De l'ensemble de ce passage de M. Toullier il résulterait, 1° que l'article 1305, en tant qu'il exige la lésion pour que les actes concernant des mineurs non émancipés soient rescindables, ne s'appliquerait point à ceux que ces mineurs auraient passés sans être autorisés de leur tuteur, parce que, suivant cet auteur, ces actes seraient nuls *mero jure,* sans exception;

2° Que cet article s'appliquerait indistinctement aux actes de ces mineurs consentis avec l'autorisation du tuteur, et aussi aux actes faits par les tuteurs eux-mêmes, lorsque, dans l'un ou l'autre cas, les mineurs éprouveraient une lésion, une simple lésion.

Pour prétendre, en effet, que les actes passés par des mineurs non émancipés sont nuls de droit, et non pas seulement rescindables pour cause de lésion, on peut tirer argument de l'article 509 (1), qui porte que « l'interdit est assimilé « au mineur pour sa personne et pour ses biens : « les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ; » d'où l'on pourrait conclure qu'il y a similitude d'incapacité entre le mineur en tutelle et l'interdit, argument qui donnerait un grand poids à la doctrine de M. Toullier.

Mais, d'abord, nous répondrions que ce n'est point au titre *de l'Interdiction* que l'on doit aller puiser les règles relatives à la capacité ou à l'incapacité des mineurs : l'art. 509 ne veut pas dire autre chose, si ce n'est que, relativement à l'administration de la personne et des biens de l'interdit, celui-ci est assimilé au mineur; et c'est en effet la conséquence que ce même article en déduit, en disant, « que les lois sur la *tutelle* « des mineurs s'appliqueront à la *tutelle* de l'interdit. » Mais il n'a pu vouloir établir une parité parfaite entre eux quant à l'incapacité, puisque le mineur peut se marier, faire un testament, s'il a l'âge requis, et d'autres actes encore, tandis que l'interdit ne le peut pas.

Le principe de l'incapacité de l'un et de l'autre n'est pas le même. Chez l'interdit, il tient à l'absence de raison, réelle ou légalement présumée; au lieu que chez le mineur, il tient seulement au manque de prudence et à l'imperfection du discernement; et chez la femme mariée non autorisée, à la soumission qu'elle doit à son mari. Démontrons d'abord que l'art. 1305 n'a pas été porté pour les actes passés par les tuteurs eux-mêmes, et nous ferons voir ensuite que, s'il autorise les mineurs à se faire restituer pour cause de lésion, ce n'est pas uniquement dans la supposition, comme le dit M. Toullier, qu'ils ont traité sans l'autorisation de leur tuteur.

Suivant l'art. 450, le tuteur prend soin de la personne du mineur; *il le représente dans tous les actes civils;* il administre ses biens en bon père de famille, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

A la vérité, ses pouvoirs ne sont pas illimités, la loi y a mis des bornes, elle a exigé pour certains actes le consentement ou l'autorisation d'un conseil de famille; dans plusieurs cas elle a même voulu que la délibération du conseil de famille fût revêtue de l'homologation du tribunal. Mais, hors ces restrictions, le principe que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils exerce toute sa force, et par conséquent les actes faits par ce représentant sont obligatoires pour le mineur, comme le sont également ceux pour lesquels la loi a prescrit certaines formalités, si ces mêmes formalités ont été remplies. (Art. 1314) (2).

Et c'est dans la prévoyance que le tuteur pourrait compromettre les intérêts du mineur par certains actes d'administration, qui n'ont pu être tous prévus par la loi, qu'elle le rend responsable, s'il y a lieu, des dommages-intérêts du mineur. Seulement, pour les actes qu'elle a jugés les plus importants, et dans lesquels les intérêts de celui-ci pourraient être plus facilement compromis, elle a établi des formalités spéciales.

Les rédacteurs du Code ont évidemment voulu s'éloigner du système du droit romain, sur lequel s'appuie M. Toullier, et qui admettait les

(1) Code de Hollande, art. 506.

(2) *Voyez* aussi l'art. 1309, et autres sur des cas analogues; par exemple, la transaction régulièrement faite est inattaquable *pour cause de lésion;* car l'art. 2052 ne distingue pas entre le cas où elle concerne un mineur et le cas où elle concerne un majeur; et c'est même pour cela que la loi exige, lorsqu'elle concerne un mineur, qu'elle soit faite de l'avis de trois jurisconsultes, d'après une délibération de famille homologuée par le tribunal (art. 467), précautions qui seraient bien superflues, si le mineur pouvait encore attaquer la transaction, dans le cas où elle ne serait pas à son avantage.

mineurs à se faire relever des actes régulièrement faits, quand ils en éprouvaient un préjudice ; système imprévoyant, puisqu'il avait pour effet d'isoler les mineurs des autres citoyens. Personne n'osait traiter avec eux, même en observant toutes les formes requises : on excluait ainsi la concurrence, toujours si avantageuse; et pour un cas où la loi était favorable à un mineur, dans mille autres circonstances elle était contraire à l'intérêt bien entendu des mineurs en général. Au lieu que, dans notre droit, lorsque les partages, les ventes d'immeubles, les transactions, les conventions matrimoniales et les donations faites par contrat de mariage, actes généralement les plus importants, ont été faits suivant les formalités et conditions prescrites par la loi, ces actes ne peuvent être attaqués par le mineur sous un prétexte quelconque, qu'autant qu'un majeur lui-même pourrait les attaquer.

Si une succession échue à un mineur a été régulièrement répudiée en son nom, et qu'elle ait été acceptée par une autre personne, le mineur ne peut pas se la faire restituer. (Art. 462) (1).

Toutes les prescriptions de courte durée (articles 2252, 2278), même celle de l'action en rescision pour vilité du prix dans la vente d'immeubles faite par un majeur (1676), et celle de l'action en réméré (1663), courent contre les mineurs comme contre les majeurs, sauf leur recours contre leur tuteur. Le délai de l'appel n'est point non plus suspendu pendant la minorité, si la signification du jugement a été faite au tuteur et au subrogé tuteur (art. 444, Cod. de procéd.). En un mot, généralement les mineurs, dans notre droit actuel, ne sont point restitués *de prætermissis*, ainsi qu'ils l'étaient dans le droit romain (2) ; seulement les longues prescriptions ne courent pas contre eux (article 2252) : et si, dans un procès, les mineurs, non émancipés ou émancipés, n'importe, car la loi ne distingue pas, n'ont pas été défendus ou ne l'ont pas été valablement, ils peuvent se pourvoir par requête civile dans les trois mois de la signification du jugement, faite, depuis leur majorité, à personne ou domicile (articles 481 et 482, *ibid.*) (3). Mais cela tient à ce que, lorsque le mineur n'est pas défendu, ou ne l'est pas valablement, il n'est réellement pas représenté ; alors il est juste que le jugement soit rescindé, et il ne peut pas être question ici de nullité de droit, car les décisions judiciaires ne sauraient être déclarées nulles qu'en connaissance de cause. C'est donc une rescision ou rétractation de jugement, prononcée sur requête civile. Il en serait même ainsi, encore que les formes prescrites par la loi à peine de nullité eussent été violées dans un jugement rendu entre majeurs; ce serait également par cette voie que la partie lésée procéderait pour faire abolir le jugement. (Art. 480 *ibid.*)

282. D'après de telles dispositions établies à l'égard des mineurs, ce serait supposer une bien grande contrariété de vues dans les rédacteurs de nos Codes, que de croire qu'ils ont entendu permettre à ces mêmes mineurs d'attaquer, pour cause de simple lésion, les actes faits par leurs tuteurs dans les limites de leur pouvoir ordinaire : par exemple, les baux, les ventes de denrées, etc. ; cela est tout à fait improbable, ou bien il y a désaccord et anomalie dans les dispositions de la loi, et personne ne voudrait traiter avec les tuteurs.

Mais il n'en est pas ainsi (4). Le tuteur agit-il dans les bornes de son pouvoir, ce qu'il a fait doit être agréé par le mineur, sauf son recours contre lui, s'il a compromis ses intérêts par sa faute, ainsi que le dit formellement l'art. 450, en ces termes : « Il représente le mineur dans « tous les actes civils, et répondra des dom« mages-intérêts résultants d'une mauvaise ges« tion. »

Mais a-t-il fait, au contraire, des actes qu'il n'avait pas le pouvoir de faire seul, des actes qu'il ne pouvait faire qu'en remplissant, au préalable, certaines formalités, qu'il a négligées, par exemple, une transaction, une vente d'immeubles, sans un avis du conseil de famille, ces actes n'obligent point le mineur; car un tuteur n'est rien autre chose qu'un *mandataire légal*, et il est de principe que, lorsqu'un mandataire excède ses pouvoirs, ce qu'il a fait au delà n'oblige

(1) *Voyez* tome III, n° 578, et tome VI, n° 506.

(2) L. 8, Cod. *de In integ. restit. minor. viginti quinq.*

(3) Code de Hollande, art. 480 à 484.

(4) *Voyez* ce qui a été dit au tome III, nos 574 et 598,

point le maître envers les tiers. (Article 1998.)

Dans ce cas, le mineur n'est point tenu d'agir par voie de rescision, pour cause de lésion, ni même par voie de nullité ordinaire, comme si c'était un acte émané de lui : cet acte est à son égard comme s'il n'existait pas, tant qu'il ne l'a point ratifié en temps de capacité.

Et, selon nous, le mineur n'a pas seulement, pour en détruire les effets, dix ans à partir de sa majorité, comme s'il s'agissait d'une véritable action en nullité ou en rescision ; il a, pour recouvrer les biens livrés ou abandonnés en exécution d'un tel acte, tout le temps qu'il faudrait à l'autre partie ou à des tiers pour en acquérir la propriété à leur profit par le moyen de la prescription. Et si on lui oppose l'acte, il le repousse comme étant fait par un étranger, parce qu'en effet lorsque le tuteur n'agit pas comme tuteur, en négligeant les conditions de son mandat, c'est réellement un étranger, dont les actes, par conséquent, n'obligent pas le propriétaire : *Quando ea quæ ab eo gesta sunt qui legitimi administratoris personam sustinere non potuit, ipso jure irrita sunt.* L. 4, ff. *in quib. causis in integ. restit. necessaria non est.* Or, le délai de dix ans n'est point établi à l'égard des actes faits sur mes biens par un tiers, sans mandat de ma part ou de la loi ou de la justice ; j'ai alors le délai ordinaire fixé pour la durée de l'action en revendication, parce qu'il ne s'agit réellement point d'une action en rescision ou en nullité proprement dite.

283. A présent, si l'on se reporte aux articles 1304 et suivants, l'on demeurera convaincu que la loi, dans l'art. 1305, ne suppose pas que c'est le tuteur qui a fait l'acte, mais bien, au contraire, que c'est le mineur lui-même.

Ainsi, dans l'art. 1304, il est dit : Le temps ne court... à l'égard *des actes faits par les mineurs,* etc. Dans l'art. 1305, on parle des conventions faites par les deux classes de mineurs, non émancipés et émancipés, et l'on n'établit d'autre différence entre eux, *touchant la rescision pour cause de lésion,* si ce n'est qu'elle a lieu en faveur du mineur non émancipé dans toutes sortes de conventions, et en faveur du mineur émancipé, dans celles-là seulement qui excèdent les bornes de sa capacité, telle qu'elle est déterminée au titre *de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation* (1).

L'art. 1307 porte que la simple déclaration de majorité, *faite par le mineur,* ne fait point obstacle à sa restitution. Or cet article se réfère évidemment aux précédents, et il est bien évident que c'est le mineur lui-même qui a traité, qui a parlé au contrat, et qu'il n'y a même point parlé sous l'autorisation d'un tuteur, car il n'eût eu ni motif ni prétexte de déclarer qu'il était majeur.

Viennent ensuite les articles 1308, 1309, 1310 et 1311, qui statuent tous également dans la supposition que c'est le mineur, et non son tuteur, qui a traité.

Ainsi, bien certainement l'art. 1305 dispose à l'égard des actes faits par les mineurs eux-mêmes émancipés ou non émancipés, et non à l'égard des actes faits par les tuteurs ; et, sous ce rapport du moins, l'opinion de M. Toullier, qui applique cet article aux actes faits par les tuteurs (ainsi qu'à ceux faits par les mineurs avec l'autorisation du tuteur), est erronée. Et elle l'est même doublement, en ce que cet auteur ne distingue pas les diverses espèces d'actes faits par le tuteur, exigeant d'une manière générale que le mineur, dans ces cas, soit lésé par l'acte pour qu'il puisse le faire anéantir ; tandis qu'il est incontestable que, s'il s'agissait d'un acte pour lequel la loi a prescrit l'observation de certaines formalités, par exemple l'avis du conseil de famille, cet acte serait *nul,* si le tuteur avait négligé ces mêmes formalités : il n'y aurait pas besoin pour le mineur d'alléguer ni de prouver aucune lésion ; seulement il devrait rendre à l'autre partie ce que celle-ci aurait payé, et qu'elle justifierait avoir tourné au profit du mineur. (Art. 1312) (2).

284. Mais du moins l'art. 1305 doit-il être entendu, comme l'entend aussi M. Toullier, des actes faits par le mineur avec l'autorisation du tuteur, de manière que, hors cette autorisation, l'acte serait nul *mero jure,* quel qu'il fût, ne fût-ce qu'un simple bail, et serait rescindable pour cause

(1) Peut-on trouver rien de plus clair et de plus propre à écarter la supposition que, dans cet article, on ait voulu statuer sur des actes faits par les tuteurs, puisque les mineurs émancipés n'ont pas de tuteurs, et qu'ils sont cependant compris dans la même disposition, comme les mineurs non émancipés ?

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

de lésion, si le mineur avait été lésé par l'acte? En un mot, cet article doit-il être entendu suivant les principes du droit romain, tels que nous les avons sommairement rappelés plus haut?

Dans notre droit, c'est le tuteur qui agit pour le mineur : c'est lui qui le représente dans les actes civils, tandis que dans le droit romain c'était le mineur, au-dessus de sept ans, qui agissait lui-même sous l'autorité de son tuteur, ou de son curateur, s'il lui en avait été donné un. Ainsi les principes sont différents, et si les rédacteurs du Code avaient entendu transporter dans notre droit la formalité de l'autorisation des tuteurs pour les actes des mineurs, ils n'auraient pas manqué d'en parler, comme ils l'ont fait à l'égard de celle du mari pour les actes de la femme, et de l'assistance du curateur ou du conseil judiciaire pour les actes du mineur émancipé ou du prodigue (dans les cas où elle est requise); au lieu qu'ils n'en ont pas dit un mot, soit au titre de *la Tutelle,* soit au titre *des Contrats ou obligations conventionnelles en général.* Ils supposent toujours, ou que c'est le tuteur qui traite lui-même (art. 450), ou que c'est le mineur qui le fait seul (art. 1305); et s'ils parlent quelquefois d'*autorisation* (art. 160, 1095, 1309 et 1398) (1) c'est de celle des parents, et non de celle du tuteur.

Nous ne voulons pas dire toutefois par là que si, de fait, le tuteur a autorisé le mineur à faire un acte, cette autorisation doit toujours être considérée comme inutile : au contraire, elle aura effet en ce sens que, lorsqu'il s'agira d'un acte que le tuteur pouvait faire seul, sans l'emploi de formalités spéciales, comme un bail, cet acte sera censé avoir été fait par le tuteur lui-même, qui s'approprie en pareil cas ce que fait le mineur, et en devient responsable. En conséquence, l'acte sera non-seulement valable en soi, mais même inattaquable pour cause de lésion.

Que si le tuteur lui-même n'eût pu faire l'acte sans l'emploi de certaines formalités spéciales, alors son autorisation est sans effet : c'est comme si le mineur avait traité seul. Car le tuteur ne peut pas lui conférer un pouvoir qu'il n'a pas lui-même. Les principes du droit romain sur cette matière ne présentent donc qu'un guide peu sûr.

285. Pour restreindre l'application de l'article 1305 aux actes passés par le mineur avec l'autorisation du tuteur, et à ceux consentis par les tuteurs eux-mêmes, et dans lesquels le mineur a été lésé, l'on dit que l'article 1311 suppose qu'un acte fait par un mineur peut être nul en sa forme, et sujet à restitution pour cause de lésion : « Il (le mineur) n'est plus recevable à revenir « contre l'engagement qu'il avait souscrit en « minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit « que cet acte *fût nul en sa forme,* soit qu'il fût « seulement sujet à restitution. » Donc, dit-on, l'acte nul en sa forme est celui qui a été passé par le mineur *sans l'autorisation de son tuteur*, et l'acte rescindable pour lésion est celui qui a été consenti avec cette formalité.

Nous avons déjà répondu à cette objection au tome III, nº 574, en disant qu'effectivement un acte passé par un mineur, sans ce qu'on appelle l'autorisation du tuteur, ou par un mineur émancipé non assisté de son curateur, peut être *nul en sa forme,* comme celui qui serait passé par un majeur ; mais il n'y a pas nécessité de supposer pour cela que cet acte est nul en sa forme uniquement parce qu'il n'a pas été fait avec l'autorisation du tuteur. Par exemple, il sera nul *en sa forme*, si c'est un acte notarié et que les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, prescrites à peine de nullité, n'aient pas été toutes observées ; il sera nul aussi *en sa forme;* si c'est un acte sous signature privée contenant des conventions synallagmatiques, qui n'ait point été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, ou s'il n'a pas été fait mention du nombre d'originaux qui ont été faits (art. 1325) ; ou bien encore, dans le cas où ce serait un billet ou une simple promesse qui n'a point été écrite en entier de la main du mineur, si cette promesse ne contient pas un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise (art. 1326) (2). Dans ces cas, et dans plusieurs autres encore, l'acte sera effectivement *nul en sa forme;* il pourra aussi être sujet à rescision pour cause de lésion, et si le mineur le ratifie en majorité, il sera désormais inattaquable.

D'ailleurs il faudrait dire aussi, dans le sys-

(1) Code de Hollande, art. 95, 1483, § 2, et 206.

(2) Code de Hollande, art. 1915.

tème que nous combattons, que les actes du mineur émancipé qui excèdent les bornes de sa capacité, telle qu'elle est déterminée au chapitre *de l'Émancipation*, sont pareillement tous nuls en leur forme, faute d'avoir été faits avec les formalités requises; or, précisément l'art. 1305 les déclare simplement sujets à rescision pour cause de lésion...; ce qui détruit complétement l'interprétation de M. Toullier.

Et si, dans l'hypothèse où l'acte eût été passé quelques mois plus tard, on n'eût pu dire qu'il était *nul en sa forme*, il est clair, si l'on prétend qu'il est nul en sa forme parce qu'il a été passé quelques mois plus tôt, que c'est parce qu'il a été passé par un mineur; mais alors ce n'est plus une question de forme d'acte, mais seulement une question de capacité de personne.

Ainsi, cette supposition, que l'art. 1305, en ce qui concerne les actes des mineurs non émancipés, dont il autorise la rescision pour cause de simple lésion, entend nécessairement parler des actes faits par les mineurs avec l'autorisation de leur tuteur, ou par les tuteurs eux-mêmes; cette supposition, disons-nous, est arbitraire, et ne s'appuie sur aucune disposition du Code; elle est même clairement écartée par tous les autres articles qui appartiennent à la même section, et surtout de la manière la plus péremptoire par les articles 1307 et 1308 rapprochés des précédents.

286. Mais, d'un autre côté, le titre *de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation,* renferme des dispositions formelles et précises pour défendre, sans l'emploi des formalités qu'elles tracent, l'aliénation des immeubles, les transactions, les emprunts, l'acceptation ou la répudiation des successions, etc., et ces dispositions sont rendues communes aux mineurs émancipés eux-mêmes (art. 484) (1) : en sorte que le rapprochement de l'art. 1305, qui paraît exiger que les mineurs, indistinctement, aient été lésés pour pouvoir attaquer leurs actes, avec ces mêmes dispositions, qui n'exigent pas cette condition, fait naître une grande obscurité dans l'ensemble de la loi sur cette matière.

Nous avions d'abord pensé (2) que l'art. 1305 était la seule règle à suivre lorsque c'était le mineur, non émancipé ou émancipé, qui avait traité lui-même; et que, quel que fût l'acte qu'il eût fait, il ne pouvait y avoir lieu qu'à la rescision, et seulement encore dans le cas de lésion. Nous nous étions déterminé surtout par la considération que cet article le dit positivement à l'égard des actes faits par des mineurs émancipés, *qui excèdent les bornes de leur capacité,* telle qu'elle est réglée par le titre *de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation,* sans que cet article fasse aucune distinction entre ces actes, paraissant par conséquent comprendre même les aliénations d'immeubles et autres conventions, pour lesquelles la loi a cependant prescrit des formalités spéciales.

Nous considérions ces formalités, quant aux actes qui intéressent des mineurs non émancipés, comme étant tracées pour régler le mode d'administration des tuteurs, afin que les tiers pussent traiter avec eux en sûreté, mais aussi afin que les intérêts des mineurs, par cela même, ne fussent point compromis : seulement, nous admettions que dans les ventes d'immeubles, dans les emprunts, etc., le mineur était présumé lésé par l'inobservation des formalités prescrites; mais que cette présomption pouvait être combattue par la preuve fournie par l'autre partie, que le mineur, au contraire, n'avait point été lésé par l'acte, et que, s'il en demandait maintenant l'abolition, c'était parce que cet acte avait cessé de lui être avantageux, par suite d'événements casuels et imprévus, pour lesquels la loi ne le restitue pas. (Art. 1306) (3).

Ainsi, il nous semblait que, quelle que fût la nature de l'acte fait par le mineur, le législateur avait assez fait pour lui, en l'en relevant pour cause de simple lésion; que, dès qu'il était reconnu en fait qu'il n'y avait pas eu de lésion, par l'acte lui-même, et que le mineur n'avait fait que ce qu'aurait fait le majeur le plus prudent et le plus expérimenté, il n'y avait aucun motif raisonnable pour l'admettre à faire annuler son acte *pour cause de minorité*. Car le principe de son incapacité n'est fondé que sur la suppo-

(1) Code de Hollande, art. 485.

(2) Dans notre *Traité des Contrats*, etc., tome I[er], chap. II, sect. 2, § 1[er]. — (3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

sition de son imprudence, de sa légèreté et de son manque d'expérience ; or, lorsque le fait dément cette supposition, disions-nous, pourquoi relever le mineur plutôt qu'un majeur ? S'il demande maintenant à l'être, c'est parce que des événements postérieurs et imprévus ont rendu désavantageuse une convention qui, dès le principe, lui était au contraire utile ; cela est reconnu en fait, et c'est dans cette supposition que nous raisonnions : or, la loi pose elle-même en principe, « que le mineur (indistinctement) n'est pas « restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle « ne résulte que d'un événement casuel et im- « prévu... »

Le droit romain lui-même, si favorable aux mineurs, ne leur accordait pas la restitution en entier lorsque la lésion ne résultait pas de l'acte, mais d'un événement fortuit. Il annulait, il est vrai, *ipso jure*, les actes qui n'étaient pas faits suivant les formalités et conditions prescrites, mais notre art. 1305 n'admet que la rescision pour cause de lésion, dans toutes les conventions quelconques des mineurs non émancipés, et dans toutes les conventions des mineurs émancipés qui excèdent les bornes de leur capacité, telle qu'elle est déterminée par le titre *de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation*.

Toutefois, notre théorie sur ce point a paru hasardée à de bons esprits : ils ont pensé qu'il était fort douteux que les rédacteurs du Code aient entendu ne soumettre seulement qu'à la rescision pour cause de lésion ceux des actes faits par les mineurs que les tuteurs eux-mêmes ne pourraient faire sans l'avis d'un conseil de famille, et autres formalités. Le mineur non émancipé ne leur a pas paru avoir une capacité plus étendue que les pouvoirs confiés par la loi à son tuteur, et, dans ces actes, le mineur émancipé est en général assimilé au mineur non émancipé. (Art. 484.)

En y réfléchissant plus mûrement, nous avons cru en effet devoir modifier notre opinion sur ce point particulier. Nous avons craint qu'en persévérant dans une théorie qui nous avait paru parfaitement rationnelle, nous n'ayons été nous-même trop loin dans un sens opposé, et que nous n'ayons ainsi méconnu la véritable pensée des rédacteurs du Code, qui ne se trouve pas seulement dans cet article 1305 (1), mais bien aussi dans les différentes dispositions du titre *de la Minorité, de la tutelle et de l'émancipation.*

287. D'après cela, nous pensons que, pour tous les actes que le tuteur n'eût pu faire lui-même sans l'autorisation d'un conseil de famille, ou autres formalités, si le mineur les a faits, même avec l'autorisation du tuteur, ils sont nuls, c'est-à-dire annulables, sans que le mineur ait besoin de justifier d'une lésion quelconque, lors même que l'autre partie prouverait que l'acte, dans le principe, n'était point désavantageux au mineur ; sauf à celui-ci, à restituer ce qu'il a reçu, et que l'autre partie prouverait avoir tourné à son profit, conformément à l'article 1312 (2).

Par exemple, s'il s'agit d'un immeuble vendu par le mineur, même à un bon prix, qu'il a su utilement employer, soit à payer des dettes légitimes, soit à acheter une chose qui lui était nécessaire, cet immeuble n'aura pas été *aliéné;* la propriété en sera restée dans la main du mineur, *cum senatusconsulti auctoritas, retento dominio, alienandi viam obstruxerit.* L. 11, Cod. *de Prædiis et aliis reb. sine decreto non alien.* (Art. 457.)

En cela nous nous rangeons au sentiment de M. Proudhon. Mais quand il sera question d'un simple acte, pour lequel la loi n'a prescrit aucune formalité spéciale, nous ne pensons pas, comme M. Toullier, que cet acte est nul *mero jure*, par cela seul qu'il n'a pas été fait avec l'autorisation du tuteur. Nous croyons qu'il est seulement rescindable pour cause de lésion, si le mineur en a éprouvé un préjudice dès le principe, ou par une suite directe. C'est le cas d'appliquer l'article 1305, ou bien il faut le rayer du Code ; car vouloir qu'il ait été porté pour les actes faits par les tuteurs, et pour les actes des mineurs autorisés de leur tuteur, c'est une pure imagination, repoussée par toutes les dispositions de la section sous laquelle il se trouve placé, ainsi que nous l'avons démontré plus haut.

Et l'on appliquerait aussi cet article aux actes que le mineur émancipé pouvait faire avec l'assistance de son curateur, mais qu'il a faits sans

(1) Code de Hollande, art. 1404.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

cette assistance, et dans lesquels il a été lésé.

Quant à ceux qu'il avait la capacité de faire seul, parce qu'ils rentraient dans l'administration des biens, comme un bail ordinaire, etc., le mineur émancipé n'en saurait être relevé qu'autant qu'un majeur le serait lui-même. (Art. 481) (1).

Enfin, pour ceux qui ne pouvaient être faits que d'après une autorisation du conseil de famille, homologuée ou non, et que le mineur a passés sans l'emploi de ces formalités, il y aurait lieu à la nullité comme si le mineur n'eût point été émancipé, puisque, quant à ces actes, le mineur émancipé est aussi incapable que le mineur en tutelle. (Articles 484 et 1305 lui-même.)

Nous croyons que de cette manière on peut appliquer convenablement cet article 1305 (2), en le combinant avec les autres dispositions du Code plus spéciales.

288. Au surplus, dans les cas de restitution pour cause de lésion, il faut que le préjudice soit de quelque importance, car *de minimis non curat Prætor*. C'est un point laissé à la sagesse du juge, qui doit prendre en considération, non-seulement la nature de l'affaire, mais encore la fortune du mineur et la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont traité avec lui (art. 485 (3) par argument). La loi, toutefois, se contente d'une *simple* lésion (art. 1305); et il est à remarquer que, quoique un mineur ne dût pas être relevé à raison d'un acte qu'il a passé, parce que cet acte ne lui causait point par lui-même de lésion, néanmoins, il pourra l'être contre le payement qui lui aura été fait en exécution de ce même acte, surtout lorsqu'il consistera en argent ou autres choses mobilières, attendu que l'argent compté à un mineur est facilement présumé livré *perdituro;* sauf à l'autre partie à prouver le bon emploi.

289. Et dans les cas où la lésion se fera sentir, le mineur ne sera pas écarté par une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il aurait simplement déclaré (même avec mention dans l'acte) qu'il était majeur. (Art. 1307) (4).

En effet, il ne serait pas plus difficile à celui qui traiterait avec un mineur, en supposant même que ce dernier ne fût pas porté, de son propre mouvement, à déclarer qu'il est majeur, d'exiger la déclaration de majorité, qu'il ne lui serait difficile d'amener le mineur à contracter. La même légèreté qui pousserait le mineur à traiter, le pousserait également à déclarer qu'il est majeur, et le secours de la loi lui deviendrait le plus souvent inutile.

La cour de cassation, section criminelle, a, par arrêt du 12 mars 1807 (5), cassé une décision qui avait condamné comme coupable d'escroquerie un mineur qui s'était *déclaré majeur* dans un acte; il n'y avait dans la cause que la simple déclaration de majorité. Aussi la cour suprême a-t-elle pensé que, puisque, d'après l'article 1307 du Code civil, cette déclaration ne fait point obstacle à la restitution du mineur contre son engagement, il y aurait de la rigueur et de l'inconséquence tout à la fois à lui appliquer la disposition de l'art. 405 du Code pénal, porté contre l'escroquerie.

Dans le droit romain, la simple déclaration mensongère de majorité, dont le créancier ignorait la fausseté, était un obstacle à la restitution du mineur qui l'avait faite. L. 2, Cod. *Si minor se majorem dixerit.*

Il en était autrement quand le créancier n'avait point été trompé à cet égard, sachant l'âge du mineur. L. 32, ff. *de Minorib. viginti quin. annis.*

Si le mineur, trompé lui-même par un acte de naissance fautif, a produit cet acte en contractant, il n'en pourra pas moins être relevé, s'il a été lésé, quoiqu'il n'y ait dans ce cas aucune imprudence à reprocher au créancier. C'est ce que porte la loi 1re, Cod. *Si minor se majorem dixerit*, dont la décision devrait être suivie sous le Code.

Mais si le mineur ne s'était point borné à une simple déclaration de majorité, s'il avait employé des manœuvres pour persuader à l'autre partie qu'il était majeur; si, par exemple, il avait produit l'acte de naissance de l'un de ses frères, sachant que ce n'était pas le sien, alors il ne serait pas relevé, parce que la loi ne prête son appui qu'à la faiblesse, et non à la fraude : *Enim*

(1) Code de Hollande, art. 480 à 484.
(2) Ibid., art. 1482.
(3) Ibid., art. 485.
(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(5) Rapporté dans le *Répertoire* de M. Merlin, au mot *Escroquerie*, n° 9.

errantibus, non fallentibus, minoribus jura publica subveniunt. Il serait même généralement passible des peines portées contre les escrocs. (Art. 405, Cod. pén.)

290. C'est d'ailleurs un principe général consacré par le Code, que le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. (Art. 1310) (1).

291. Et le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art (2). (Art. 1308) (3).

292. Le mineur n'est point non plus restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage (4). (Article 1309) (5).

293. Et lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction. (Art. 1314) (6).

Lorsque nous traiterons de l'action en nullité ou en rescision, nous aurons encore quelques observations à faire relativement aux actes des mineurs; ce que nous venons de dire suffit quant à présent.

294. Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion, que dans les cas et sous les conditions exprimées dans le Code. (Art. 1313) (7). *Voy. supra*, nos 200 et suivants.

SECTION III.

DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONVENTIONS.

SOMMAIRE.

295. *Le contrat peut avoir pour objet de donner, de faire ou de ne pas faire une chose, ou le simple usage ou la simple possession d'une chose.*

296. *La simple garde de la chose peut aussi être l'objet du contrat.*

297. *Ce que comporte l'obligation de* donner.

298. *Les choses qui peuvent être la matière d'un contrat sont corporelles ou incorporelles.*

299. *Le contrat peut avoir pour objet des choses futures.*

300. *Cet objet peut même ne consister que dans une simple espérance : alors le contrat est aléatoire. La vente d'un droit d'hérédité est aussi un contrat aléatoire.*

301. *Observations sur la vente des fruits à naître de tel fonds.*

302. *L'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée au moins quant à son espèce.*

303. *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être la matière des conventions.*

304. *Les choses sont hors du commerce ou par la nature ou par les lois.*

305. *Exemple.*

306. *Suite.*

307. *Il est des biens qui sont, en général, inaliénables pendant un certain temps.*

308. *Le Code déclare nulle la vente de la chose d'autrui : observations sur cette disposition, et renvoi.*

309. *Quand le vendeur a trompé sciemment l'acheteur en lui vendant une chose hors du commerce, il est passible d'une action en dommages et intérêts.*

310. *On ne peut faire aucun traité sur la succession d'un homme vivant, même avec son consentement.*

311. *Quelques cas où l'on peut néanmoins faire entrer dans les contrats les successions non ouvertes.*

312. *Espèce jugée par la cour de cassation.*

313. *Autre espèce.*

314. *Je ne puis m'interdire valablement la faculté de tester.*

315. *Mais la vente de la nue propriété de mes biens est bonne.*

316. *Les faits qui sont la matière d'une convention doivent être honnêtes, licites et possibles.*

317. *Mais l'impossibilité relative seulement à l'obligé ne vicie pas le contrat.*

(1) Code de Hollande, art. 1483.
(2) *Voyez* tome III, nos 699 et suivants.
(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(4) *Voyez* tome VIII, nos 182 et suivants, et tome IX, no 765.
(5) Code de Hollande, art. 1483, § 2.
(6) Ibid., art. 1484.
(7) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

295. Suivant la définition des contrats, celui qui s'oblige doit donner une chose, ou la faire ou ne la pas faire. (Art. 1101 et 1126) (1).

Cependant, le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat (art. 1127) (2); et, dans ce cas, la chose doit bien être livrée, mais non pas avec le même effet que dans l'obligation de *donner*. Car, dans cette dernière, c'est avec transport de la propriété, tandis que dans la première ce n'est qu'une simple remise de la chose, pour que le créancier en jouisse pendant le temps convenu entre les parties. Ainsi la vente constitue une obligation de *donner*, tandis que le louage des choses constitue simplement une obligation de *livrer et faire jouir*.

296. La simple garde, *custodia*, peut pareillement être l'objet du contrat, comme dans le dépôt proprement dit et dans le séquestre, où cette garde ne constitue qu'une simple détention de la chose.

Dans le commodat, dans le louage, le simple *usage* est l'objet du contrat.

Dans le gage, l'objet du contrat est la *possession*; L. 35, § 1, ff. *de Pignerat. act.*, et L. 1, § 15, ff. *de Acquir. vel amitt. posses.* Mais cette possession ne sert pas au créancier pour prescrire; elle sert à cet effet au débiteur qui lui a livré le gage. Même loi 1, *dicto* § 15.

297. Dans les obligations de *donner*, disons-nous, le débiteur doit, en général, conférer la propriété de l'objet promis, ainsi que nous le démontrerons plus bas; car ici le mot *donner* se prend, comme dans le droit romain, dans le sens de *dare, id est accipientis facere*, § *Sic itaque*, 14, Instit. *de Actionibus.* Mais nous parlerons au chapitre suivant des effets des diverses espèces d'obligations.

298. Les choses étant corporelles ou incorporelles, suivant ce qui a été expliqué au tome IV, nº 11, celle qu'une partie s'oblige de donner existe ou matériellement ou intellectuellement : matériellement, comme tel fonds de terre, telle maison, tel cheval; intellectuellement, comme un droit de servitude, d'usufruit, ou l'obligation de payer une somme, ou un cheval indéterminé.

299. Le contrat peut même n'avoir pour objet que des choses qui n'existent pas encore, mais qui pourront exister : des choses *futures*, comme les fruits à naître de tel fonds en telle année.

300. Cet objet peut même ne consister que dans une simple espérance, comme le produit espéré d'un coup de filet, *jactus retis* (3), les bénéfices que je pourrai retirer de telle entreprise, ou de la société que j'ai contractée avec Paul. Ces contrats sont appelés *aléatoires*.

La vente d'un droit d'hérédité ou d'une succession ouverte, est pareillement aléatoire dans ses effets, en ce sens que l'acheteur étant, par la nature du contrat, obligé à payer les dettes de cette hérédité, il peut arriver qu'il n'ait absolument rien après le payement de ces mêmes dettes. Le vendeur ne lui garantit que son titre ou sa qualité d'héritier. (Art. 1696) (4).

Il pourrait même vendre la simple *prétention* qu'il a sur cette hérédité; *si qua hæreditas est, tibi empta sit.* Ce serait un objet suffisant pour le contrat, quoique l'événement démontrât ensuite que le vendeur n'avait aucun droit (5).

(1) Code de Hollande, art. 1270 et 1349.
(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(3) L. 8, § 1, ff. *de Contrah. empt.*, et L. 12, ff. *de Act. empt. et venditi* — (4) Code de Hollande, article 1573.
(5) LL. 10 et 11, ff. *de Hæred. vend.*

501. Dans la vente que je fais des fruits à naître de tel fonds, il est besoin de faire quelques distinctions.

Si je vends le vin que je recueillerai cette année dans telle vigne, à tant la pièce, il est clair que s'il n'y a point de vin du tout cette année, à cause de la grêle, de la gelée ou de tout autre événement de force majeure, il n'y a pas de contrat, faute d'objet.

Mais *quid juris* si je vends, pour un seul et même prix, par exemple moyennant mille francs, les agneaux qui naîtront de mon troupeau cette année, ou le vin que produira cette année ma vigne, et qu'il n'y ait aucun produit, par l'effet d'accidents de force majeure? Le prix m'est-il acquis, ou bien le contrat est-il nul faute d'objet?

Il est clair que si j'avais garanti les cas fortuits, j'en serais tenu; seulement, si les produits étaient médiocres, à raison de la stérilité naturelle de l'année, sans accidents extraordinaires, l'acheteur serait obligé d'exécuter le contrat dans toute sa teneur (1).

Mais, en l'absence de cette convention de garantie, il importe de voir ce qu'ont voulu faire les parties.

Ainsi, si j'ai vendu comme à forfait le produit de mon troupeau ou de ma vigne en cette année, le contrat ne subsiste pas moins quoique le produit soit nul. C'est un contrat purement aléatoire que j'ai fait; j'ai vendu plutôt *l'espérance* du produit, *spes fructuum nasciturorum,* que le produit lui-même.

Mais si j'ai vendu simplement les agneaux qui naîtront de mon troupeau cette année, ou le vin que produira cette année ma vigne, moyennant telle somme, il n'y a pas de vente, suivant Voet (2), dans le cas où il ne naîtrait rien; et l'on peut ajouter, dans le cas aussi où il ne naîtrait presque rien; car, dans l'ordre moral, presque rien et rien sont la même chose.

Dans la pensée des contractants, ce n'est point une simple espérance qui a été l'objet du contrat; ce contrat était aléatoire seulement sous le rapport du plus ou moins de fruits : mais du moins devait-il y en avoir pour qu'il y eût un objet. L'art. 1776 (3), en matière de louage, fournit un puissant argument en faveur de l'opinion de Voet, qui est aussi celle de beaucoup d'autres auteurs.

502. Il faut que l'obligation ait pour objet une chose déterminée au moins quant à son espèce. (Art. 1129) (4).

Mais la quantité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. (*Ib.*)

De là, l'obligation de livrer un cheval, sans désigner lequel, est très-valable, parce que la chose est déterminée quant à son espèce.

Mais la promesse de livrer un animal, sans désignation de l'individu ni de l'espèce, ne serait pas valable, parce que le débiteur ne serait tenu à rien, ou à presque rien, puisqu'il pourrait se libérer en livrant le plus vil insecte.

Il en serait de même si je stipulais du blé, du vin, sans autre désignation; car le débiteur pourrait ne vouloir donner qu'un grain de blé ou une goutte de vin; or presque rien, dans l'ordre moral, étant assimilé à rien, la stipulation est nulle. L. 94, ff. *de Verb. oblig.*

Il faut, comme dit Pothier, que la promesse ait *certam finitionem.* Ainsi je stipule valablement le bois qui me sera nécessaire pour la consommation de ma maison, ou le blé dont j'aurai besoin pendant ma vie, ou pendant tant de temps. Dans ces cas, la chose est très-déterminable par relation avec mes besoins, qui sont eux-mêmes faciles à déterminer. S'il y a contestation sur leur étendue, les tribunaux l'apprécieront.

503. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être la matière des conventions. (Art. 1128) (5).

Il n'y a pareillement que les faits licites, honnêtes et possibles qui puissent être l'objet des contrats.

504. Les choses sont hors du commerce ou par la nature ou par les lois.

(1) L. 78, § ult., ff. *de Contrah. empt.*

(2) *Ad Pandectas*, *tit. de Contrah. empt.*, n° 13, où il s'exprime ainsi : *Quod si simpliciter venditis anni sequentis fructibus, nulli fructus nati fuerint, nec emptio substitura est; contra si incertum fructuum nasciturorum, atque adeo spes empta esset.* — (3) Code de Hollande, article 1634.

(4) Ibid., art. 1369.

(5) Ibid., art. 1638.

Ce qui n'existe pas, comme un hypocentaure, ou qui a cessé d'exister, comme un tableau consumé par les flammes, ne peut être l'objet d'un contrat.

305. Si je stipule un nègre libre, une église encore consacrée au service divin (1), la stipulation est nulle; § 2, Instit., *de Inut. stipul.*

Et elle ne deviendrait pas valable parce que la chose, dans la suite, pourrait être la matière d'une convention; car, nulle dès le principe, elle resterait telle : *Nec ad rem pertinet quod jus mutari potest, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri : non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis, æstimari debet stipulatio.* L. 137, § 6, ff. *de Verb. oblig.*

306. Il est des choses dont le commerce est interdit pour cause de sûreté publique, comme les stylets, les tromblons, les matières vénéneuses; ou dans l'intérêt des mœurs, comme les images licencieuses, les écrits contraires à la décence et à la morale; ou aussi dans l'intérêt des particuliers, comme les libelles ou écrits diffamatoires : ces choses sont censées hors du commerce, et ne peuvent être la matière d'une convention valable. *Voyez* les art. 314, 287 et 477 du Code pénal.

D'après les règlements, il n'y a que les personnes qui ont qualité à cet effet, qui puissent licitement faire le commerce des drogues et médicaments, et de plusieurs choses qui entrent dans leur composition.

307. Dans quelques cas, les lois ont, pour ainsi dire, soustrait du commerce pour un certain temps certains biens, en les déclarant inaliénables pendant ce temps : tels sont les immeubles constitués en dot, sous le régime dotal proprement dit, lesquels sont, en principe, inaliénables pendant le mariage, et ne peuvent être aliénés que dans quelques cas seulement. (Art. 1554 et suivants) (2).

Les biens qui composent les majorats sont également inaliénables, en principe, tant que subsiste le caractère dont ils sont affectés.

308. L'art. 1599 (3) du Code civil porte « que « la vente de la chose d'autrui est nulle; qu'elle « peut donner lieu à des dommages-intérêts lors- « que l'acheteur a ignoré que la chose était à « autrui. »

Il paraîtrait, d'après cela, qu'elle ne donne pas même lieu aux dommages-intérêts en faveur de celui qui savait, en achetant, qu'il achetait la chose d'autrui; mais ce serait une erreur de le croire dans le cas où le vendeur a vendu la chose comme étant celle d'autrui, en se portant fort pour le propriétaire qu'il ratifierait la vente, ou en garantissant expressément l'acheteur de l'éviction (4), et dans le cas aussi où l'une des parties a promis à l'autre que le tiers propriétaire lui vendrait sa chose, en se faisant fort pour lui : dans ces cas, l'art. 1120 est la règle à suivre, parce que la partie a promis le fait du tiers, et par conséquent s'est soumise à l'indemnité de l'autre, si le tiers ne voulait pas ratifier, ainsi que nous l'avons dit plus haut, n° 218, en citant à l'appui de notre décision un arrêt de cassation du 1er mai 1815.

Au surplus, nous expliquerons plus loin le véritable sens de cet art. 1599, qui donne lieu à une question importante, par son rapprochement avec l'art. 1635.

309. Quoique la vente d'une chose hors du commerce soit nulle, néanmoins, si le vendeur a trompé l'acheteur, celui-ci a une action en dommages-intérêts : § 5, Instit. *de Empt. et vendit.* Ce texte donne même à l'acheteur l'action d'achat, *actio empti*, pour obtenir ses dommages-intérêts, quoique le contrat soit nul. Mais, en réalité, c'est plutôt l'action d'après le fait, *actio in factum*, qui a lieu dans ce cas.

310. Bien que les choses futures puissent être

(1) Nous disons, *encore consacrée au service divin*, car si la destination de la chose avait changé, ainsi que cela est arrivé à un grand nombre de temples et d'églises durant la révolution, alors ce pourrait être la matière d'un contrat.

Voyez au tome IV, n° 189, les biens qui sont hors du commerce, et qui, par conséquent, ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. — (2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1507.

(4) *Voyez* la L. 27, Cod. *de Evict.*, et la L. 4, § 5, ff. *de Except. doli mali.*

la matière d'une convention, néanmoins on ne peut vendre la succession d'un homme vivant, (art. 1600) (1), ni y renoncer, ni faire sur cette succession aucune stipulation, même avec le consentement de celui de l'hérédité duquel il s'agirait. (Art. 791 et 1131) (2).

Ces pactes ont toujours paru contraires aux bonnes mœurs, et dangereux. On peut se reporter à ce qui a été dit à cet égard au tome VI, nos 475 et suivants, où nous rapportons les principes de l'ancienne jurisprudence sur ce point, ainsi que ceux du droit romain.

311. On peut toutefois faire entrer les successions futures dans la communauté entre époux (art. 1526) (3); et les faire entrer aussi dans les sociétés ordinaires, mais seulement, dans ce cas, pour les revenus ou jouissance. (Art. 1837) (4).

On peut, de plus, disposer de sa succession par donation faite par contrat de mariage, en faveur des futurs époux ou de l'un d'eux, et des enfants à naître du mariage, en cas du prédécès de l'époux ou des époux donataires (art. 1082); en ce sens que le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit des biens donnés. (Art. 1083.)

La règle qu'on ne peut faire aucun pacte sur succession future, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, souffre encore quelques autres légères modifications, que nous avons expliquées à l'endroit ci-dessus cité.

312. Et l'on ne doit point regarder comme une convention contraire à l'art. 1130 (5), la clause par laquelle un père ou une mère, en mariant l'un de ses enfants, renonce, à son profit, aux droits éventuels portés en son propre contrat de mariage, et dépendants du prédécès de l'autre époux.

Cette clause ne porte non plus aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité et de l'inviolabilité des conventions matrimoniales; c'est même les exécuter que de disposer au profit d'un tiers de ce qui en est l'objet. Arrêt de la cour de cassation, section des requêtes, du 18 avril 1812. (Sirey, 1813, I, 137.)

313. Mais lorsque, même par contrat de mariage, les époux ou l'un d'eux renoncent au droit de faire les dons autorisés par la loi, sans désignation d'une personne au profit de laquelle est faite cette renonciation, alors la clause ne présente qu'une simple abnégation, sans objet et sans motif, de la faculté de disposer, qui, en conséquence, ne peut être rangée dans la classe des conventions obligatoires. Arrêt de rejet, du 31 juillet 1809. (Sirey, 1809, I, 408.)

314. La convention par laquelle je m'interdirais de faire un testament serait nulle et de nul effet, Loi 15, Cod. *de Pactis;* sans préjudice néanmoins de ce qui est relatif aux institutions contractuelles, et à l'égard toutefois de l'époux institué et des enfants à naître du mariage (6).

315. Quant à la vente de la nue propriété de mes biens, ou à la vente faite avec réserve d'usufruit (ce qui revient au même), elle n'est point interdite par le Code, quoiqu'elle portât sur l'universalité de mon patrimoine; car la loi ne distingue pas. Mais elle ne peut comprendre la nue propriété des biens qui m'écherront par succession (7), et elle n'emporte point l'obligation de payer mes dettes; ce qui distingue par conséquent cette vente d'une vente de mon hérédité. Et, comme elle ne comprend la nue propriété que des biens que je possède actuellement, il s'ensuit qu'elle n'embrasse même pas les économies que je pourrais faire au moyen de la jouissance que je me suis réservée, ni les gains que je pourrais faire par d'autres voies.

316. Les faits qui sont la matière d'une convention doivent être honnêtes, licites et possibles, sinon la convention est nulle. (Art. 6.)

317. Mais l'impossibilité relative seulement à celui qui s'est obligé ne rend pas nulle la promesse : c'est sa faute de s'être engagé à donner ou à faire ce qui excédait ses facultés, qu'il devait connaître.

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(2) Code de Hollande, art. 1109 et 1371.
(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(4) Code de Hollande, art. 1658.
(5) Code de Hollande, art. 1370.
(6) *Voyez* tome IX, nos 655, 656, 698.]
(7) Et même par donation ou legs; argument de l'art. 1837, second *alinéa*.

518. La liberté des actions est de droit naturel, et elle est inaliénable; aussi l'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. (Art. 1780) (1).

Et si, par ignorance de la loi, ou en vue de l'éluder, un homme stipulait d'un autre que celui-ci le servira pendant un temps si long, que ce temps, dans l'ordre ordinaire des choses, devrait absorber sa vie, la convention serait nulle; et, quoiqu'elle eût reçu un commencement d'exécution, il serait toujours loisible à l'une ou à l'autre des parties de la résilier, même sans dommages-intérêts; il n'en pourrait être dû qu'autant qu'elle serait valable: or, elle ne le serait pas; elle serait illicite.

S'il peut être dû quelquefois des dommages-intérêts à raison d'un contrat nul, par exemple, ainsi que nous venons de le dire, à raison de la vente d'une chose hors du commerce, lorsque le vendeur a trompé l'acheteur, en lui vendant la chose comme étant dans le commerce, c'est uniquement pour réparer le préjudice souffert par l'acheteur qui a été trompé; mais, dans le cas ci-dessus, les deux parties étaient en faute, et par conséquent aucune d'elles ne peut demander des dommages-intérêts en réparation d'un tort auquel elle a voulu s'exposer en faisant une convention illicite, et en cherchant, probablement pour cela, à éluder la loi.

519. Du principe que l'objet du contrat ne doit pas répugner à l'esprit de la loi, l'on a toujours conclu que la convention arrêtée entre deux pères de famille d'unir leurs enfants n'est point obligatoire en droit, quoique le mariage lui-même soit favorisé par les lois; mais c'est qu'il doit être le résultat d'un consentement libre et dégagé de toute contrainte, aussi bien de la part des pères et mères des contractants, que de la part des contractants eux-mêmes. Or, les uns et les autres pourraient se trouver gênés par une telle convention.

La clause pénale stipulée pour le cas où l'une des parties ou l'un des enfants ne voudrait pas consentir au mariage, serait pareillement nulle, comme la convention principale. L. 134, *princip.* ff. *de Verb. oblig.* (Art. 1227) (2).

Peu importe que le legs ou la donation fait à quelqu'un sous la condition d'épouser telle personne n'ait, en général, pas d'effet, si le légataire ou le donataire refuse de se soumettre à la condition (3); car, ainsi que le disent les lois romaines, autre chose est d'inviter quelqu'un à contracter mariage, en lui en imposant la condition pour recueillir une donation, un legs ou une hérédité; autre chose est que quelqu'un s'ôte, par la crainte d'une peine, la liberté de contracter ou de ne pas contracter mariage, ou de le contracter avec une autre personne: *Aliud est enim eligendi matrimonii pœnæ metu libertatem auferri, aliud matrimonium certa lege invitari.* L. 72, § 1, ff. *de Condit. et demonst.*

Aussi est-on généralement d'accord que cette convention, quoique accompagnée d'une clause pénale, n'est point obligatoire, même pour la peine; mais, à l'égard de la convention de s'épouser, arrêtée entre majeurs, avec ou sans clause pénale ou *dédit*, les avis ne sont pas unanimes.

520. Quelques personnes prétendent que c'est là une obligation de *faire*, qui doit donner lieu à des dommages-intérêts en cas d'inexécution, attendu que son objet, le mariage, n'a rien d'illicite; et lorsque le montant de ces dommages-intérêts n'a pas été fixé par les parties, au moyen d'une clause pénale ou *dédit*, les tribunaux, suivant l'opinion de ces personnes, doivent les estimer en raison des circonstances, ainsi qu'ils sont obligés de le faire dans beaucoup de cas. Dans ce système, ils pourraient déférer le serment au demandeur, en fixant une somme jusqu'à concurrence de laquelle il en serait cru, conformément à l'article 1369 (4).

Mais, parmi ceux qui ont soutenu cette opinion, la plupart inclinent néanmoins à penser que la promesse de mariage n'est obligatoire qu'au moyen d'une clause pénale ou *dédit*, clause qui, suivant eux, a effet, parce que l'obligation principale n'a rien d'illicite, puisque la loi elle-même invite au mariage.

Nous sommes d'un avis opposé: la convention principale n'est point obligatoire; elle est contraire à l'esprit de la loi, en ce qu'elle gêne la liberté du mariage; par conséquent la clause

(1) Code de Hollande, art. 1637.

(2) Ibid., art. 1341.

(3) *Voyez* tome VIII, nos 123 et suivants.

(4) Code de Hollande, art. 1979.

pénale est nulle comme se rattachant accessoirement à une obligation nulle elle-même. (Article 1227.)

Sans doute, c'est une obligation de *faire*, et même de faire une chose licite; mais le mariage lui-même ne doit pas être l'exécution d'une obligation : il doit être l'effet d'une volonté entièrement libre et dégagée de toute contrainte au moment où il se contracte.

Si la clause pénale avait effet, la personne qui l'aurait consentie ne serait pas absolument libre, comme elle doit l'être, de contracter ou de ne pas contracter le mariage. La crainte de perdre sa fortune, ou une partie considérable de sa fortune, l'obligerait à consentir à un mariage qui lui répugne maintenant, et qu'elle ne contracterait ainsi que sous l'empire d'une violence morale, qui vicie les contrats comme la violence physique (art. 1112) (1). Une personne, sous l'empire de la séduction, dans le désordre d'une passion qui la subjugue tout entière, souscrirait à une clause pénale ou *dédit* qui pourrait absorber sa fortune, car les passions ne calculent point, et elle se trouverait ainsi placée entre la nécessité de contracter une union qu'elle repousse, et la crainte d'être ruinée par une promesse téméraire.

Mais une telle promesse, bonne comme ressort de l'art théâtral, est nulle en droit.

321. Sans doute, si, sur la foi d'une convention de mariage arrêtée entre deux familles, ou entre deux personnes, il y a eu des dépenses de faites, comme des emplettes de noces, des dispenses de l'Église pour cause de parenté, les frais d'un festin préparé, etc., celle des parties qui a fait ces dépenses doit être indemnisée par l'autre qui ne veut plus célébrer le mariage; car ces dépenses ayant été faites d'un commun consentement, exprès ou tacite, et dans un intérêt commun, celui qui rompt l'accord doit indemniser l'autre partie ou sa famille, d'après le principe que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer (art. 1382) (2). Mais ce sont là les seuls dommages-intérêts qui soient dus, et il ne paraît pas que les tribunaux, qui ont déjà eu plusieurs fois occasion de statuer sur cette question, en aient adjugé de plus considérables (3).

Toutefois la cour de Colmar, par son arrêt du 13 mai 1818 (4), réformant un jugement du tribunal de Strasbourg, a adjugé à une femme qui, après le contrat de mariage passé devant notaire, sans clause pénale ou *dédit*, et les deux publications, avait été délaissée par le futur, la somme de 400 francs de dommages-intérêts, outre ses dépenses devenues inutiles. La demanderesse avait conclu à 6,000 francs de dommages intérêts. La cour s'est déterminée par le motif qu'anciennement les femmes obtenaient en pareil cas une indemnité à raison du préjudice qu'elles souffraient d'une telle rupture, et que le divorce ayant été aboli, le mariage avait été ramené à ce qu'il était dans les anciens principes.

Nous ne discuterons pas ce motif : il paraît d'ailleurs, vu la modicité des dommages-intérêts accordés par la cour, comparativement à ceux qui étaient demandés, qu'il n'a pas été d'une bien grande influence sur sa décision.

322. Si je stipule, par ignorance ou sciemment, ma propre chose, la stipulation est nulle faute d'objet, *quia quod meum est, amplius meum fieri nequit.*

Et elle ne deviendrait pas valable par la circonstance que la chose cesserait ensuite de m'appartenir : nulle dès le principe, un événement postérieur ne peut la rendre valide : *quod ab initio vitiosum est, nullo tractu temporis convalescere potest.*

323. Mais lorsque mon droit sur la chose est imparfait, ou sujet à rescision ou à résolution, la stipulation peut avoir effet, en ce qu'elle me donnera un droit complet, si je l'ai faite avec celui qui avait lui-même quelque droit sur la chose; ou, si c'est avec un autre, en ce qu'elle me donnera action contre lui, au cas où mon droit viendrait à cesser. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, la décision serait subordonnée aux circonstances de la cause : elle serait applicable seulement aux cas où la stipulation de la chose

(1) Code de Hollande, art. 1360.
(2) Ibid., art. 1401.
(3) *Voyez* l'arrêt de rejet du 21 décembre 1814. (Sirey, 1815, I, 159); celui de la cour de Metz, du 18 juin 1818. (Sirey, XIX, II, 108.)
(4) Sirey, 1818, II, 268.

d'autrui, faite sciemment, est valable et peut donner lieu aux dommages-intérêts, si elle n'est exécutée, et dont nous avons donné un exemple plus haut, n° 308.

SECTION IV.

DE LA CAUSE DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE.

324. *Toute obligation doit avoir une cause, et une cause licite.*
325. *Les jurisconsultes romains ont pris le mot* cause *dans plusieurs acceptions.*
326. *Il ne faut pas confondre le* motif *particulier qui a pu porter une partie à acheter ou à vendre, avec la cause des contrats : ce qu'on doit, en général, entendre par* cause.
327. *Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de l'une des parties est dans l'objet de l'obligation de l'autre.*
328. *Ainsi, le mariage porte avec lui la cause du contrat.*
329. *De la cause de l'obligation dans les contrats unilatéraux.*
330. *De la cause dans les quasi-contrats.*
331. *Les délits et les quasi-délits sont des causes d'obligations civiles.*
332. *La responsabilité dont est tenue une personne par rapport aux actions d'une autre personne, est aussi une cause d'obligation pour elle.*
333. *L'utilité publique est la cause d'un grand nombre d'obligations.*
334. *La volonté de conférer un bienfait est une cause suffisante de l'obligation qu'on s'impose, ou de celle qu'on impose à son héritier, pourvu que les formes prescrites aient été observées.*
335. *Plusieurs exemples de contrats dans lesquels la bienfaisance est la cause de l'engagement.*
336. *Observations, quant à ce point, sur le cautionnement.*
337. *Une dette naturelle peut servir de cause à une obligation civile.*
338. *Suite et exemple.*
339. *Suite et espèce jugée par la cour suprême.*
340. *Suite et autres espèces jugées par la même cour.*
341. *La promesse faite à quelqu'un pour qu'il fasse quelque chose que la reconnaissance seule l'obligerait de faire, n'est pas denuée de cause obligatoire.*
342. *En est-il de même de la promesse faite à quelqu'un, sans l'emploi des formes des donations, pour qu'il fasse quelque chose que la loi l'obligeait de faire? diverses observations, et de la concussion.*
343. *La promesse, même sans l'emploi des formes des donations, faite à celui qui m'a rendu un service, a une cause suffisante dans ce service.*
344. *A plus forte raison si c'est pour un service qui doit m'être rendu. Mais la promesse pourrait-elle être réduite si elle était immodérée et faite dans un moment de danger et de crainte?*
345. *Les obligations susceptibles d'être annulées ou rescindées pour quelque vice, peuvent, par la voie de la novation, servir de cause à des obligations très-valables.*
346. *La promesse, même sous seing privé, faite par le père d'un enfant naturel, de lui payer telle ou telle chose, pour le soutenir, est très-valable.*
347. *Les transactions ont leur cause dans le désir d'assoupir un procès ou d'en prévenir un; décisions de la cour suprême, et conciliation des art. 2052 et 2054.*
348. *Quand la cause est fausse, ou a été jugée être fausse, l'obligation est nulle.*
349. *Mais c'est à celui qui prétend que la cause exprimée dans l'acte n'existait pas, à prouver la fausseté de la cause.*
350. *La fausseté de la cause et le défaut absolu de cause ont le même effet.*
351. *Quand la fausseté de la cause exprimée ne résulte que de l'aveu du demandeur, qui prétend que l'obligation a néanmoins une cause réelle et licite, l'aveu est indivisible.*
352. *L'obligation n'est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée dans l'acte; ancienne jurisprudence sur ce point.*
353. *Est-ce alors au débiteur à prouver que l'acte n'a point de cause, ou au créancier à prouver qu'il en a une? C'est au débiteur si l'acte porte* je reconnais devoir; *ancienne jurisprudence sur ce point.*
354. *Il en est de même si c'est un billet souscrit par un commerçant.*
355. *Mais si l'acte a été souscrit par un non commerçant, et qu'il ne spécifie aucune cause, ni ne porte* je reconnais devoir, *c'est au créancier à prouver que la cause existe: très-controversé; droit romain, et jurisprudence des parlements.*

356. *L'acte peut, au surplus, servir de commencement de preuve par écrit au créancier pour faire admettre la preuve testimoniale.*
357. *Mais le débiteur ne peut pas prouver par la seule preuve par témoins contre le contenu de l'acte qui exprime la cause, ou porte la reconnaissance* de devoir.
358. *Les parties peuvent, au reste, se faire interroger réciproquement sur faits et articles, et se déférer le serment sur le fait de la cause.*
359. Quid *de la donation ou du legs faits d'après une cause fausse? Renvoi à d'autres parties de l'ouvrage.*
360. *La condition mise à la convention lui tient-elle lieu de cause lorsqu'elle s'accomplit? droit romain; distinctions à faire.*
361. *L'obligation qui n'a d'autre cause qu'une erreur de droit, est nulle pour défaut de cause : renvoi.*
362. *La cause illicite entraîne la nullité de la convention.*
363. *Il en est autrement dans les donations ou dans les legs.*
364. *Quant à la donation entre-vifs faite sous la condition de faire quelque chose de contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, renvoi à d'autres parties de l'ouvrage.*
365. *Dans les contrats à titre onéreux, la cause illicite de l'obligation de l'un est telle, parce que l'objet de l'obligation de l'autre est lui-même illicite.*
366. *Il y a cependant quelques cas où il n'en est pas ainsi.*
367. *La promesse faite en vue ou à raison du concubinage a une cause illicite.*
368. *Cependant, la donation en forme faite à une femme que l'on prétendrait être la concubine du donateur, ne serait pas nulle pour ce seul motif.*
369. *Les promesses de mariage, et les clauses pénales convenues en conséquence, ne sont point obligatoires.*
370. *En général, la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari : diverses observations sur ce point.*
371. *On ne peut confirmer ou ratifier les obligations sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite.*
372. *Mais les objets mobiliers qui ont été volontairement payés en exécution de telles promesses, ne sont, en général, pas sujets à répétition.*
373. Secus *des immeubles, et raison de la différence.*
374. *Il est quelques cas où celui qui a payé une obligation fondée sur une cause illicite, peut répéter même les effets mobiliers qu'il a livrés; c'est lorsqu'il n'était point lui-même en cause honteuse.*
375. *Renvoi quant à l'examen de la question de savoir si, lorsqu'il y a lieu à la répétition, l'action ne dure que dix ans, comme celle en nullité ou en rescision des contrats.*
376. *Quelques exemples de cas où la cause de l'engagement vient à cesser depuis le contrat, et décisions sur ces cas.*
377. *Droit romain relativement aux actions en répétition; nous le suivons, en général, sur ces points.*

324. La quatrième des conditions requises pour la validité des conventions et des obligations qui en résultent, c'est la *cause* (art. 1108) ; car personne n'est présumé s'obliger sans cause. Aussi, d'après l'art. 1131 (1), « l'obligation sans cause, « ou sur une fausse cause, ou sur une cause « illicite, ne peut avoir aucun effet. »

325. Les jurisconsultes romains ont employé le mot *cause*, tantôt pour exprimer le *fait* qui engageait l'une des parties envers l'autre, et donnait une action à celle-ci, et tantôt pour le *motif déterminant* qui l'avait portée à s'obliger.

Ainsi, dans les contrats qui n'avaient pas reçu une dénomination spéciale, et que l'on comprenait tous dans ces diverses combinaisons : *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias,* l'exécution de la convention par l'une des parties obligeait l'autre à exécuter de son côté, et était la *cause* de l'obligation de celle-ci et de l'action civile au profit de la première. C'est en considérant ce fait d'exécution que les interprètes du droit romain définissent communément les contrats, *conventio nomen habens, vel causam, vel utrumque simul,* pour comprendre dans une même définition les contrats qui ont reçu dénomination spéciale, et ceux auxquels il n'en a point été donné.

Et quand ces jurisconsultes prenaient le mot *cause* pour la raison ou le motif déterminant qui avait seul porté l'une des parties à s'engager envers l'autre à lui promettre telle ou telle chose, et que ce motif n'existait pas, l'obligation était

(1) Code de Hollande, art. 1371.

dite, comme chez nous, *sine causa*, *aut falsa causa*, et, comme telle, elle était nulle (1). La partie pouvait se faire dégager (2), si elle n'avait point encore exécuté, ou répéter ce qu'elle avait payé, si elle avait exécuté dans l'ignorance de la fausseté de la cause (3).

326. Il en est de même dans notre droit; mais, ainsi que nous l'avons dit en parlant de *l'erreur*, il ne faut pas confondre avec la *cause* des engagements, le *motif particulier* qui a porté ou pu porter l'une des parties, et quelquefois même toutes deux, à contracter. La fausseté de ce motif, l'erreur dans laquelle on est tombé à cet égard, ne vicie point l'engagement, si, d'ailleurs, il a une juste cause, une cause qui aurait suffi quand même le motif particulier sur lequel on a erré n'aurait pas existé. Ainsi, quand j'achète un cheval, croyant faussement que le mien est mort ou m'a été volé, l'achat n'est pas moins valable, parce que mon obligation de payer le prix a sa cause *réelle, efficiente*, dans le cheval que j'ai acheté, et que mon erreur ne tombe ici que sur la fausseté du motif qui m'a engagé à faire cet achat; mais ce motif n'était point une condition essentielle du contrat, comme l'est la cause proprement dite.

En un mot, la *cause* de l'obligation de l'une des parties, dans les contrats à titre onéreux, c'est la chose que l'autre lui a donnée, ou lui donne, ou lui donnera, ou ce qu'elle a fait ou fera pour elle; et dans les contrats à titre gratuit, ou de bienfaisance, c'est généralement la volonté de conférer un bienfait. Seulement, quand il s'agit d'une donation, il faut, pour que de la promesse il naisse une action efficace, que les formes prescrites par la loi aient été observées.

327. Mais comme les obligations sont d'une multitude de sortes, les causes qui les font naître varient pareillement.

Ainsi, dans les conventions qui produisent des obligations réciproques, comme la vente, l'échange, le louage, la cause de l'obligation de chacune des parties est, comme nous venons de le dire, dans ce que l'autre doit lui donner de son côté, ou faire pour elle. En sorte que, dans ces cas, la *cause* de l'obligation de l'un se confond avec *l'objet* de l'obligation de l'autre : par conséquent, si cet objet n'a point existé, ou n'existait plus au moment du contrat, ou était hors du commerce, l'obligation de celui qui l'a stipulé se trouve sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, comme celle de l'autre partie se trouve sans objet. Le contrat est donc nul sous un double rapport.

328. En ne considérant le mariage que sous les rapports civils et naturels, on y trouve aisément la *cause* de l'engagement. Les avantages que chacun des époux retire du contrat sont la *cause* des obligations qu'il s'impose en le formant.

329. Dans les contrats unilatéraux à titre onéreux, la cause de l'obligation du débiteur est dans ce qu'on a fait ou dans ce qu'on fait actuellement pour lui; par exemple, dans le prêt appelé *prêt de consommation*, la *cause* de l'obligation du débiteur est dans les choses qu'on lui livre; et si, débiteur envers moi, *puta*, à raison d'un mandat que je vous avais donné pour recevoir ce qui m'était dû par un tel, vous souscrivez à mon profit une obligation, devant notaires ou sous-seing privé, la cause de votre obligation actuelle est dans ce que vous avez touché pour moi.

330. Dans les quasi-contrats, le fait qui leur a donné naissance est la *cause* des obligations civiles qui en naissent. Par exemple, le fait d'avoir reçu ce qui ne m'était pas dû est la cause de l'obligation où je suis de le restituer, parce que l'équité ne permet pas que je m'enrichisse aux dépens d'autrui. Si j'ai géré les affaires de Paul, je suis, par ce fait, obligé de lui rendre compte; et si j'ai dépensé du mien dans ma gestion, Paul me doit indemnité, parce qu'il ne doit pas s'enrichir à mes dépens.

(1) C'est en ce sens que le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 7, § 4, ff. *de Pactis*, dit qu'il n'y a point d'obligation sans cause : *Cum nulla subest* CAUSA *propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem.*

(2) A cet effet elle pouvait agir pour qu'on lui restituât l'écrit qu'elle avait donné, et qu'on la libérât de la promesse qu'elle avait faite par stipulation ; en un mot, elle pouvait *condicere obligationem*, ainsi que le dit la loi 3, ff. *de Condictione sine causa*.

(3) *Vide* les lois du même titre, et celles du titre *de Condict. indebiti*.

331. Nous sommes obligés par le droit naturel et par les lois à ne pas nuire à nos semblables, dans leur personne ou dans leurs biens; si nous violons ce précepte, cette violation nous oblige à la réparation du tort que nous avons causé, même par simple imprudence ou négligence (articles 1382 et 1383) (1). Ainsi, les délits et les quasi-délits sont des *causes* d'obligations civiles.

332. Nous sommes responsables aussi des personnes ou des choses que nous avons sous notre garde, et cette responsabilité est une *cause* suffisante de l'obligation pour nous de réparer le dommage que ces personnes ou ces choses pourraient avoir fait à des tiers.

333. L'utilité publique est aussi la cause d'une multitude d'obligations, comme celles de payer les impôts, de faire le service militaire, suivant les lois portées à cet égard; de céder, moyennant une juste indemnité, sa propriété à l'État, ou même à une commune. On trouve au titre *des Servitudes* et dans d'autres lois un grand nombre d'obligations qui ont aussi pour cause l'utilité publique, et qui sont même établies dans l'intérêt immédiat des particuliers. Mais ce sont plutôt des charges imposées par la loi à la propriété, que de véritables obligations personnelles.

334. Et comme rien n'est plus juste et plus conforme au droit naturel, que le désir de faire du bien à son semblable (2), la volonté de conférer un bienfait est considérée comme une cause suffisante de l'obligation que l'on contracte à cet effet, ou que l'on impose à son héritier, en faisant une donation ou un legs à quelqu'un, pourvu toutefois que l'on se conforme aux lois qui règlent les conditions, les formalités et l'étendue des dispositions des biens à titre gratuit.

335. Dans les contrats dits de bienfaisance, la volonté de rendre un service ou de conférer un bienfait est donc une cause suffisante de l'obligation. Tel est aussi le contrat de mandat, dans lequel la volonté du mandataire, de rendre un service au mandant, suffit pour l'obliger à exécuter le mandat et à répondre de son inexécution. Tel est de même le contrat de commodat ou prêt à usage, dans lequel la volonté du prêteur, d'être utile à l'emprunteur, l'oblige à le laisser jouir de la chose pendant le temps pour lequel elle a été prêtée. Le dépôt est aussi un contrat de bienfaisance; il en est de même du prêt de consommation sans intérêt, et de quelques autres contrats.

Mais la cause de l'obligation du mandant, du prêteur ou du déposant, d'indemniser le mandataire, l'emprunteur ou le dépositaire, s'il y a lieu, consiste dans le fait même des déboursés faits par ceux-ci à raison ou à l'occasion du contrat.

336. Le cautionnement, qui, par rapport au débiteur, est aussi un contrat de bienfaisance de sa nature (3), a sa cause dans la volonté de garantir l'exécution de l'obligation d'un autre. Cette obligation suffit pour motiver celle de la caution, quand même la première pourrait être rescindée, par suite d'une exception personnelle au principal obligé, comme dans le cas de minorité. (Article 2012) (4).

337. Une dette naturelle peut servir de cause et de fondement à une obligation civile; il n'y a pas même besoin pour cela d'employer la voie de la novation proprement dite. Ainsi, débiteur envers vous, depuis plus de trente ans, d'une somme que je ne vous ai réellement point payée, et dont vous ne m'avez pas fait remise, je vous souscris aujourd'hui l'obligation de vous payer cette somme, au lieu de vous opposer la prescription : cette obligation est valable, parce que ma dette subsistait encore naturellement. J'ai, d'ailleurs, par là, renoncé au droit d'opposer la prescription (art. 2224) (5). Mais c'est plus qu'une simple renonciation à ce moyen de libération, c'est une nouvelle obligation; en sorte que mes créanciers

(1) Code de Hollande, art. 1401 et 1402.

(2) *Nihil tam naturale est quam hominem homini benefacere.* Sénèque, *de Benef.*

(3) Nous disons de sa *nature*, et non pas de son *essence*, car le cautionnement peut être donné moyennant un certain prix; et, par rapport au créancier, on ne peut pas le considérer comme contrat de bienfaisance, à moins qu'il n'intervînt pour garantir l'exécution d'une donation.

(4) Code de Hollande, art. 1858.

(5) Ibid., art. 1986.

ne pourraient, en invoquant l'art. 2225 (1), faire valoir, pour vous écarter, le moyen de prescription, sous prétexte qu'ils ont le droit de l'opposer quand le débiteur y renonce. Vous êtes aujourd'hui mon créancier comme eux, en raison de la nouvelle obligation que j'ai contractée à votre profit, et dont la cause est l'équité, par conséquent une cause suffisante.

338. Ainsi encore, Paul, dont je suis héritier, vous a fait un legs de mille francs par un testament irrégulier, et, connaissant le vice du testament, je m'oblige à vous payer ce legs, ou à vous livrer à la place tel objet, par exemple deux mesures de terre. Dans ce cas, je suis valablement lié, parce que l'héritier est naturellement obligé d'accomplir la volonté du défunt (au moins tant que la réserve que la loi lui accorderait sur ses biens n'en serait point altérée), quoique cette volonté ne soit pas exprimée suivant toutes les formalités prescrites par le droit civil pour la validité des dispositions testamentaires. C'est ce que décident une foule de textes du droit romain, notamment la L. 2, Cod. *de Fideicom.*, la L. 38, ff. *de Fideicom.*, et la L. 5, § 15, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.*; et la raison est la même dans les principes du droit français. Il est d'ailleurs constant qu'une obligation naturelle peut servir de cause à une obligation ordinaire, et être remplacée par celle-ci : L. 1, ff. *de Novat.*; or, en vous promettant deux mesures de terre à la place des mille francs qui vous avaient été légués par celui dont je suis l'héritier, nous avons fait une novation de la première obligation, laquelle, comme obligation naturelle, dans l'espèce, a pu servir de cause suffisante à la seconde.

339. C'est en conformité de ces principes que la cour de cassation a jugé, par arrêt de rejet, le 3 décembre 1813 (2), que l'acquéreur d'un bien national, qui, par des scrupules de conscience, ou par d'autres motifs de délicatesse, avait cru devoir renoncer à son acquisition au profit de l'ancien propriétaire, n'a pu ensuite faire annuler sa renonciation sous prétexte qu'il n'avait touché aucun prix pour cela, et qu'ainsi la renonciation était sans cause; car, a pensé la cour, une obligation dictée par un sentiment d'équité a une cause suffisante dans ce sentiment.

340. C'est ainsi encore que la même cour a jugé, par arrêt de cassation (3), que le débiteur de rentes entachées de signes de féodalité, supprimées comme telles par les lois de 1793, et qui depuis avait promis librement de servir les mêmes prestations à l'avenir, n'avait pu revenir contre sa promesse, sous prétexte qu'elle était sans cause, vu la suppression desdites rentes sans indemnité. La cour s'est déterminée par la considération que cette promesse, quoiqu'elle fût de payer les mêmes prestations, n'était point un simple titre récognitif des anciens contrats, mais un contrat nouveau, emportant *novation* des premiers, et dont la cause se trouvait dans l'obligation naturelle née de ceux-ci, obligation que la suppression prononcée par les lois de la révolution n'avait pas détruite ni effacée.

Toutefois, dans une espèce semblable, la même cour avait jugé le contraire, par arrêt de rejet (4); mais la nouvelle convention n'a paru à ses yeux qu'un simple titre récognitif de l'ancien titre entaché de féodalité, sans aucune novation. En conséquence, la nullité de l'ancien titre a été jugée entraîner celle du nouveau, qui a été considéré comme n'ayant qu'une cause illicite et réprouvée par des lois dont la force subsistait encore (5).

Et on l'a décidé ainsi malgré l'exécution qui avait été donnée au nouvel acte par le débiteur; mais celui-ci n'a pu toutefois répéter les arrérages qu'il avait payés en exécution de cet acte. Le payement de ces arrérages a été considéré, et avec raison, comme l'acquittement d'une obligation naturelle, que les lois de la révolution n'ont point détruite ni pu détruire. Ainsi, l'effet de la nullité de l'acte s'est borné à la décharge du service de la rente à l'avenir.

Il importe donc, d'après cette jurisprudence, de bien distinguer la nature du nouveau contrat. Si l'acte par lequel on s'oblige à payer une rente supprimée comme entachée de féodalité, n'est

(1) Code de Hollande, art. 1989.
(2) Sirey, 1814, I, 35.
(3) Du 3 juillet 1811. (Sirey, 1811, I, 321.)
(4) Du 25 octobre 1808. (Sirey, 1811, I, 323.)
(5) *Voyez*, dans le même sens, l'arrêt de la cour d'Angers, du 31 janvier 1822. (Sirey, XXIII, II, 30.)

qu'un simple acte récognitif de cette même rente, parce qu'il la rappelle, sans substitution d'une nouvelle rente ou autre obligation, cet acte n'est point civilement obligatoire; mais si, sans rappeler l'ancienne rente dans le nouvel acte, on constitue une autre rente ou une autre espèce d'obligation, ce nouvel acte est valable, parcequ'il a une cause dans l'obligation naturelle née de l'ancien contrat, et parce que l'obligation n'est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée dans l'acte (art. 1132) (1). Et il est même valable aussi, quoiqu'on y ait rappelé, comme cause de la nouvelle obligation, l'ancienne rente, si ce nouvel acte a créé une rente nouvelle, quoique consistant dans les mêmes prestations et sur les mêmes biens que l'ancienne, en un mot, s'il y a *novation*. Or, bien que la novation ne se présume pas, elle peut néanmoins résulter de l'ensemble de la teneur de l'acte s'il paraît que l'intention des parties a été de l'opérer (art. 1273) (2).

341. On doit aussi regarder comme valable, même sans les formalités des donations, la promesse faite à quelqu'un pour qu'il fasse quelque chose que la reconnaissance seule l'obligerait de faire; car, bien que le stipulant, dans ce cas, manque de délicatesse en ne voulant faire la chose que moyennant la promesse, néanmoins cette promesse a une cause, et une cause que la loi civile ne désavoue pas.

342. Pothier regarde même comme valable la promesse faite à quelqu'un pour qu'il fasse quelque chose que la loi l'obligeait de faire. A la vérité, dit-il, elle est sans cause, mais elle est néanmoins valable comme renfermant une libéralité.

Sur ce cas, nous dirons d'abord que si la promesse n'était pas faite librement, elle serait nulle pour défaut de cause licite, et aussi pour défaut de liberté. Par exemple, pour me restituer un dépôt, des papiers précieux que je vous ai confiés, vous exigez de moi une promesse : cette promesse est nulle, parce qu'elle n'est fondée que sur une cause honteuse de votre part (3).

Et si, par exemple, un fonctionnaire public exige ou même reçoit de moi sans l'exiger, pour faire un acte de son ministère, même juste, mais non sujet à salaire, une promesse quelconque, cette promesse est infectée du crime de concussion (article 177 du Code pénal), et, comme telle, elle est nulle. Elle serait également nulle si elle avait été faite pour que le fonctionnaire s'abstînt de faire un acte qui rentrait dans l'ordre de ses devoirs. (*Ibid.*)

Dans les deux cas la peine est celle de la dégradation civique, et d'une amende double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues, sans que ladite amende puisse être inférieure à deux cents francs. (*Ibid.*)

En admettant enfin que la promesse ne fût point exigée par celui au profit de qui elle a été souscrite, qu'elle ne fût point non plus infectée du crime de concussion, ou du vice de dol ou de fraude, si elle n'a pas d'autre cause que quelque chose que la personne était tenue de faire d'après la loi, il est vrai de dire que cette promesse est réellement sans cause, que c'est une véritable libéralité, un *acte emportant donation* (et Pothier en convient lui-même), qui, à ce titre, doit, pour être obligatoire, et produire une action efficace, être passé dans la forme des actes portant donation.

343. Mais est très-valable, même sans l'emploi de ces formes, la promesse que je fais à quelqu'un qui m'a rendu service, par exemple, qui s'est exposé pour me sauver la vie, ou pour la sauver à mon épouse ou à l'un de mes enfants ou de mes ascendants, ou qui m'a conservé ma fortune, compromise par quelque circonstance particulière, ou qui a géré utilement mes affaires, en un mot, qui a bien mérité de moi. Ces faits, sans doute, pourraient être la *cause* d'une donation *rémunératoire*, mais rien n'empêche qu'ils ne soient aussi la cause d'une obligation ordinaire.

344. Et cela souffrirait encore moins de difficulté, s'il est possible, si la promesse était faite pour un service à rendre. Par exemple, si, lorsque mon épouse ou mon enfant est sur le point

(1) Code de Hollande, art. 1372.
(2) Ibid., art. 1451.
(3) L. 2, ff. *de Condict. ob turpem causam.*

de périr dans les flammes ou dans les flots, je promettais une somme de... à celui qui les sauvera ou qui s'efforcera de les sauver, ma promesse serait incontestablement valable; elle aurait la cause la plus légitime. Les lois romaines (1) décidaient que celui qui a donné ou promis quelque chose à quelqu'un pour le sauver d'un péril dont il était menacé, ne peut se faire restituer contre son obligation, quoiqu'elle ait été ainsi consentie sous l'empire de la crainte, attendu qu'elle a une juste cause.

La seule difficulté que puisse présenter la question est de savoir si les tribunaux ne pourraient pas réduire l'obligation dans le cas où elle serait immodérée, comme n'étant pas, dans cette hypothèse, le résultat d'une volonté libre : nous pensons qu'ils le pourraient. Par exemple, qu'un homme, voyant sa femme ou son enfant sur le point de périr dans les flammes, dans les flots ou dans la ruine d'un bâtiment, s'écrie, transporté de douleur, et l'esprit en quelque sorte aliéné par le danger auquel est exposé ce qu'il a de plus cher, qu'il donnera cent mille écus à celui qui sauvera la vie à la personne menacée de la perdre (2); que la fortune de cet homme dût être absorbée ou presque absorbée par l'acquittement d'une telle promesse : dans un tel cas, nous croyons que les tribunaux pourraient la réduire, comme ayant été faite *verbis effusis*, et sous l'empire de la crainte.

Il y aurait toutefois à considérer la fortune de celui qui s'est obligé, ainsi que la nature et la gravité du danger auquel s'est exposé l'individu à qui la promesse a été faite.

Il est bien vrai que, de cette manière, on laisse en quelque sorte les tribunaux maîtres de faire eux-mêmes le contrat, tandis que le Code, dans l'art. 1152 (3), décide que, lorsque les parties sont convenues d'une somme à titre de dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la convention, le juge ne peut en allouer une plus forte ni une moindre; et, suivant l'art. 1966 (4), si la somme convenue dans un des jeux pour lesquels la loi accorde une action paraît excessive, le tribunal peut bien *rejeter* la demande, mais cet article, ni aucun autre, ne lui donne la faculté de la modérer : d'où il paraît que, dans l'esprit du Code, les juges n'ont pas le pouvoir de modifier la convention des parties.

Mais, tout en reconnaissant ce principe comme vrai en général, nous ne croyons pas néanmoins qu'il soit applicable au cas particulier en question. Il n'a point été prévu par le Code, et par conséquent les magistrats peuvent se décider d'après les lumières de l'équité et de la raison, ainsi que l'art. 4 les y invite.

Rejeter totalement la demande dans ce cas, comme dans celui d'une somme excessive réclamée pour dette de jeu, serait une injustice évidente, et même une absurdité, puisque la dette a une cause légitime qui n'existe pas dans le jeu, lorsque la somme jouée est démesurée relativement à la fortune des parties. Et, d'un autre côté, allouer la totalité de la somme promise ou offerte, quand bien même la fortune entière du débiteur devrait en être absorbée ou presque absorbée, serait d'une rigueur excessive, qui frappe tous les yeux, surtout lorsqu'on considère dans quelle circonstance la promesse a été faite ou consentie.

345. Les obligations susceptibles d'être annulées ou rescindées pour quelque vice, ou pour cause d'incapacité, peuvent, par la voie de la novation, servir de cause à des obligations très-valables, ainsi que nous l'expliquerons avec plus d'étendue en traitant de la novation.

346. Comme nous l'avons dit en parlant des enfants naturels, tome III, nº 231, une reconnaissance d'enfant naturel sous seing privé faite par le père (5) ne suffit pas pour autoriser l'enfant à demander des aliments en justice, et encore moins pour prétendre sur la succession les droits spécifiés par les articles 757 et 758 (6), mais si cet acte contient aussi la promesse de payer une somme ou de fournir des aliments à l'enfant, la promesse est valable comme ayant une juste cause, une cause fondée sur le droit naturel (7). Et il

(1) L. 9, § 1, ff. *Quod metus causa gestum erit.*

(2) J'ai ouï raconter qu'un juif d'Amsterdam avait promis 300,000 florins à celui qui sauverait sa femme sur le point de perdre la vie dans un incendie.

(3) Code de Hollande, art. 1285.

(4) Code de Hollande, art. 1826.

(5) Pour le cas où cet acte émane de la mère, *Voyez* t. III, nº 228.

(6) Code de Hollande, art. 910 et 911.

(7) *Voyez* tome III, nº 230.

en serait de même quoique l'acte ne contînt qu'une simple promesse d'aliments, ou d'une somme pour en tenir lieu, sans reconnaissance de l'enfant (1).

347. On doit aussi regarder, comme ayant une juste cause, la transaction que j'ai faite avec vous croyant que la loi vous était favorable, tandis qu'elle vous était contraire ; car le désir d'assoupir une contestation, quoique mal fondée, est une cause suffisante d'un acte de cette nature. D'ailleurs, tout ce qui est soumis aux jugements des hommes étant incertain, j'ai pu raisonnablement préférer ce que m'assurait la transaction, à ce que mon titre semblait me promettre (2).

A la vérité, l'art. 2054 (3) porte que la transaction faite en exécution d'un titre nul est sujette à la rescision, si les parties n'ont pas expressément transigé sur la nullité, et nous ne supposons pas ici nécessairement qu'elles aient traité expressément sur la nullité du titre ; mais, d'un autre côté, l'art. 2052 (4) décide que la transaction ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit : or, pour concilier ces deux textes, l'on doit dire que la transaction est inattaquable quand bien même le titre de l'une des parties serait nul et que l'on n'aurait pas transigé sur la nullité, si l'autre partie en connaissait la cause (parce qu'alors elle serait censée avoir renoncé au moyen qu'elle lui offrait), ou si elle ne l'a ignorée que par erreur de droit (5). En sorte que l'art. 2054 doit être entendu du cas où la nullité était ignorée par erreur de fait, par exemple du cas où, moi héritier légitime, j'ai transigé sur un legs laissé par un testament dont un des témoins n'avait pas les qualités requises, circonstance qui ne se montrait point à l'inspection de l'acte, et que je ne connaissais pas d'ailleurs.

348. Néanmoins, lorsque la cause de l'obligation est un fait qui n'existe point, qui a été jugé n'avoir pas existé, il n'y a point de cause de l'engagement, quoiqu'une cause ait été exprimée dans l'acte. Car une cause faussement exprimée, quand d'ailleurs il n'y en a point de réelle et de licite, n'empêche pas que l'obligation ne soit sans cause. Tel est le cas de l'affaire *Charret et Tourrangin*, dont nous avons parlé plus haut, n° 146.

349. Mais c'est à celui qui prétend que la cause exprimée dans l'acte n'existait pas, à détruire l'effet de la preuve qui résulte de la mention qui en a été faite. Ainsi, dans le cas où mon père, dont je me suis porté héritier, vous avait légué une somme de... et avait révoqué ce legs par un testament postérieur, dont j'ignorais l'existence, si je suis convenu avec vous qu'à la place de la somme, je vous délivrerais quatre mesures de terre, ce sera à moi à produire et à défendre le second testament que j'invoque en preuve de la révocation du legs, et qui détruisait ainsi la cause de mon obligation.

350. La fausseté de la cause et le défaut absolu de cause ont le même effet, dit Pothier, celui de rendre nulle l'obligation ; et c'est mal à propos que M. Toullier reprend cet auteur pour s'être ainsi, selon lui, exprimé inexactement, car Pothier n'a pas dit que la *mention* d'une fausse cause dans l'acte a le même effet que le défaut absolu de cause ; s'il l'eût dit, il eût commis une erreur, attendu que l'obligation n'est pas moins valable, quoiqu'une fausse cause y ait été exprimée, si d'ailleurs elle en a une licite, et c'est ce qu'a jugé maintes fois la cour suprême (6).

En effet, l'expression de cette fausse cause ne peut qu'être réputée non avenue ; or, dans cette supposition, l'obligation n'en est pas moins valable, si elle a une juste cause, que les contractants, par des raisons particulières, n'ont pas jugé à propos d'exprimer dans l'acte, puisque le défaut de mention de la cause ne rend point nulle l'obligation, pourvu que la cause existe réellement et qu'elle soit licite. (Art. 1132).

351. Et il faut même tenir pour certain que,

(1) *Voyez* tome III, n° 229.

(2) Arrêt de cassation du 22 juillet 1811, cité *supra*, n° 127.

(3) Code de Hollande, art. 1897.

(4) Ibid, art. 1895.

(5) *Voyez* l'arrêt de rejet du 25 mars 1807. (Denevers, t. V, page 199) ; et celui du 19 novembre 1814. (Sirey, tome XV, part. I, page 1.) *Voyez* aussi ce qui a été dit plus haut sur l'*Erreur*, n° 127.

(6) Notamment par arrêts du 13 août 1806, et du 2 décembre 1812. (Sirey, 1813, part. I, page 32) ; et (Denevers, année 1813, page 62.)

si la preuve de la fausseté de la cause exprimée dans l'acte ne résulte que de l'aveu ou de la déclaration du créancier, qui prétend en même temps que l'obligation a d'ailleurs une cause réelle et licite, qu'il indique, cet aveu ne peut être divisé : il doit être pris en son entier. (Article 1356) (1).

Autre chose serait si c'était sur la preuve du défendeur que la cause exprimée dans l'acte eût été reconnue fausse ; alors ce serait au porteur du titre à prouver qu'il en existe néanmoins une réelle et licite (2).

352. Nous disons que l'obligation n'est pas moins valable quoique la cause ne soit pas exprimée, pourvu qu'elle existe réellement et qu'elle soit licite (1132) : il paraît (3) néanmoins que, dans quelques parlements, on décidait, d'après l'opinion de divers auteurs français, que le défaut de mention de la cause dans l'acte entraîne la nullité de l'obligation ou promesse. Cette doctrine n'était toutefois pas admise partout ; elle ne l'était pas notamment au parlement de Toulouse. Quelques auteurs ont dit, pour la rejeter, *que l'on ne suivait point à cet égard les subtilités du droit romain.* Mais c'était bien à tort que l'on citait à ce sujet le droit romain comme opposé ; car, précisément il déclarait l'obligation valable ; seulement il rejetait sur le porteur de l'acte, la preuve que l'engagement avait une cause, ce qui est bien différent. La L. 25, § *ult.* ff. *de Probat. et Præsumpt.* est formelle sur ce point.

353. Il ne peut y avoir de difficulté, sous le Code, d'après l'art. 1132, que sur celui de savoir si l'acte n'exprimant aucunement la cause de la dette, c'est au débiteur à prouver qu'il s'est obligé sans cause, ou bien si c'est au créancier à établir que l'obligation a réellement une cause, quoiqu'elle n'ait point été exprimée dans l'acte ?

Cette question, plus particulièrement que la précédente, a partagé les anciens auteurs, et elle était décidée diversement par les parlements. Les interprètes du Code civil ne sont pas non plus d'accord sur sa solution.

On pensait toutefois à peu près généralement jadis que la cause de l'obligation était suffisamment exprimée par ces mots : *Je reconnais devoir à monsieur un tel la somme de... — Je reconnais devoir et promets payer à monsieur un tel la somme de...*

Les auteurs du nouveau dictionnaire de Denizart, au mot *Billet*, s'expliquent ainsi sur ce cas : « On exprime cette cause (celle d'un billet) en « mettant valeur reçue en argent ou en mar- « chandises, ou en exprimant le motif quelcon- « que qui a fait faire le billet. Ainsi le billet qui « porte *je reconnais devoir à...* est valable ; la « cause est dans la reconnaissance *de devoir.* »

Charondas avait dit la même chose sur l'article 107 de la Coutume de Paris, et il cite deux arrêts, l'un du 12 janvier 1567, et l'autre du 4 février 1582, rendus tous deux par le parlement de Paris, qui ont jugé en ce sens. M. Merlin, dans ses *Questions de droit*, au mot *Cause des obligations*, en cite aussi quelques autres qui ont jugé de la même manière, notamment un de cassation du 7 prairial an X, rendu sur ses conclusions.

La discussion élevée au conseil d'État sur l'article 1131 ne permet pas de douter que l'on n'ait entendu adopter cette jurisprudence : elle est positive sur ce point, et c'est avec raison ; car celui qui s'oblige en déclarant *devoir*, s'oblige pas cela même qu'il doit, par conséquent d'après une juste cause.

La question renfermée dans ce point particulier ne souffrirait donc aucune difficulté, aujourd'hui surtout, si les qualités respectives des parties rendaient vraisemblable la cause de l'obligation : alors cette obligation ne serait pas moins valable nonobstant le défaut de mention spéciale de la cause. « Par exemple, dit du Laury, cité aussi « par M. Merlin au même endroit, si un écolier « *confesse devoir* au principal de son collége, « un passant au maître de l'hôtellerie, un malade « à son médecin, un plaideur à son procureur, « les causes se présument comme si elles étaient « exprimées et écrites. » A plus forte raison la cause doit-elle se présumer dans ces cas, puisque, à la force des mots *je reconnais devoir*, se joint la circonstance tirée de la qualité des parties, qui rend la dette vraisemblable.

(1) *Voir* deux arrêts rendus en ce sens, aux *Questions de droit* de M. Merlin, v° *Cause des obligations.*

(2) *Voyez* l'arrêt de rejet du 9 juin 1812. (Sirey, 1812, I, 233.)

(3) *Voyez* les *Questions de droit* de M. Merlin, au mot *Cause des obligations.*

354. Mais lorsque l'acte porte simplement, *Je payerai*, ou *je compterai*, ou *je promets payer à monsieur un tel*... sans autre explication, la question change de face, et nous croyons alors que c'est au créancier à prouver que la cause existe réellement, si l'obligation a été souscrite par un non commerçant.

Nous disons si l'obligation a été souscrite par un non commerçant, car si c'est par un commerçant, et que ce soit un simple billet, il y a lieu de présumer qu'il a été souscrit pour cause de commerce, et par conséquent qu'il a une cause. L'art. 638 du Code de commerce porte en effet que « les billets souscrits par un commerçant seront « censés faits pour son commerce, lorsqu'une « autre cause n'y sera point énoncée... ; » et Brunnemann, dans ses *Décisions*, centurie 2, chap. 99, dit « qu'entre marchands, le défaut « d'expression de la cause dans un billet n'em- « pêche pas qu'il ne soit obligatoire. »

A la vérité, l'article 638 du Code de commerce est relatif à la compétence des tribunaux de commerce; mais cela ne fait rien à la question; car si le billet qui n'a point de cause exprimée n'était point obligatoire, il serait superflu de régler la compétence du tribunal qui doit en connaître : or, on suppose, dans cet article, qu'aucune cause n'y a été énoncée, puisque s'il y en avait une d'exprimée et que ce fût une cause de commerce, il y aurait plus que de l'inutilité à dire qu'un tel billet, souscrit par un commerçant, est *censé* fait pour son commerce; cela serait une preuve complète; et si une cause était énoncée et qu'elle ne fût point relative au commerce, on ne serait plus dans le cas supposé.

L'article 188 du même Code dit bien, il est « vrai, que le billet à ordre énonce la valeur qui « a été fournie en espèces, en marchandises, « en compte, ou de toute autre manière; » mais d'abord, nous parlons des billets en général, souscrits par un commerçant, et nous disons, en outre, que cet article ne prononce pas la nullité pour défaut de cette énonciation.

355. Mais dans les cas d'obligations civiles qui n'expriment point leur cause, et qui ne portent pas non plus *je reconnais devoir*, nous pensons que c'est au créancier à faire la preuve que la cause existe réellement.

D'abord, le droit romain le décidait ainsi de la manière la plus formelle, par la L. 25, § *ult.*, ff. *de Probat. et Præsump.* précitée; et il est à propos de remarquer que, dans cette législation, les donations n'étaient point assujetties à des formes authentiques, comme elles le sont dans notre droit; d'où l'on aurait dû peut-être conclure que le souscripteur d'un écrit qui n'exprimait point la cause de l'obligation, mais qui n'était point non plus argué de dol, d'erreur ou de violence, avait voulu faire une libéralité. Néanmoins, nonobstant cette présomption grave, c'était au créancier à prouver que l'engagement avait une cause.

M. Merlin cite l'opinion d'une foule d'auteurs qui ont enseigné cette doctrine; il cite aussi plusieurs arrêts rendus au parlement de Flandre, et même un du parlement de Paris, qui ont jugé la question en ce sens.

A la vérité, il en cite quelques autres de ce dernier parlement, rendus postérieurement, qui ont jugé que la promesse faisait foi par elle-même, quoique la cause n'y fût pas exprimée, tant que le souscripteur ne prouvait pas le défaut de cause. C'était aussi, comme nous l'avons dit, la jurisprudence du parlement de Toulouse. Serres, en ses *Institutions au droit français*, liv. III, tit. 15, s'exprime ainsi sur ce point : « Il « fut décidé (par l'arrêt du 1er avril 1737) qu'il « n'y a point de restitution contre un billet sans « cause, c'est-à-dire où la cause n'est point « énoncée. Le débiteur prenait un moyen de « restitution de ce qu'il avait fait le billet sans « exprimer la cause de l'obligation; on n'y eut « aucun égard, et l'on s'en référa à la doctrine « de Maynard, liv. VII, chap. LXV. Ce moyen est « en effet trop subtil, et même contraire à la « bonne foi; et les juges convinrent qu'on n'a « égard aujourd'hui qu'à la fausse cause. »

Bien certainement, sous le Code, on a égard aussi au *défaut* de cause, à moins qu'il ne s'agisse d'une donation qui, au surplus, a sa cause dans la volonté de conférer un bienfait; mais alors il faut, pour que l'acte soit obligatoire, qu'il soit passé en la forme authentique, avec minute, et qu'il y ait acceptation expresse de la part du donataire. (Articles 931 et 932) (1).

Supposons en effet que, sans rien vous devoir,

(1) Code de Hollande, art. 1719, 1724 et 1720.

sans rien recevoir de vous actuellement, sans en rien devoir recevoir non plus à l'avenir, je m'oblige, en connaissance de cause, et nullement par erreur, à vous payer, par exemple, la somme de vingt mille francs dans un an : n'est-il pas évident que je veux, par cet acte, vous conférer une libéralité? Que c'est là un acte emportant donation, et qui, par cela même, aurait dû réunir les formalités prescrites par la loi sur les donations? Soutiendrait-on qu'il doit recevoir son exécution suivant l'intention qu'avaient les parties lorsqu'il a été fait, quand bien même il serait avoué par le demandeur qu'il n'a réellement rien fourni au signataire? Mais alors, non-seulement on se jouerait de l'article 1131, qui annule les obligations *sans cause* comme celles qui sont fondées sur une *fausse cause;* mais encore on rendrait illusoire la loi qui a prescrit l'observation de formalités spéciales pour les actes portant donation. Cette loi n'a pas eu pour but seulement, en effet, de prescrire ces formalités à l'égard des actes dans lesquels il serait fait mention expresse de la volonté de donner; elle a entendu aussi les prescrire pour tous les actes portant réellement donation, autrement elle serait absurde, puisqu'elle annulerait l'acte contenant une donation expresse, mais dans lequel une formalité aurait été omise, tandis qu'elle maintiendrait, d'un autre côté, un acte qui ne serait au fond aussi qu'une donation, et dans lequel cependant toutes les formes prescrites pour les actes de cette nature auraient été ouvertement méconnues; en sorte que plus on aurait voulu s'éloigner de ses prescriptions, plus on aurait traité avec effet. Mais tel n'est point l'esprit du Code.

On objecte toutefois que la jurisprudence de la cour suprême maintient les actes simulés exempts de dol, lorsque la simulation n'a pas pour objet de faire fraude aux tiers (1), et notamment qu'elle maintient les actes de libéralité faits sous la forme d'une vente, pourvu que les parties fussent capables de recevoir l'une de l'autre, et que la quotité disponible n'ait pas été excédée; que dans le cas où elle l'a été, il y a simplement lieu à réduire la disposition déguisée. Et M. Toullier (2), donnant à cette jurisprudence la plus grande extension, ne craint pas de dire, « que c'est aujourd'hui une « maxime générale, que tous les actes simulés « exempts de dol et de fraude, doivent valoir et « subsister de la manière dont les parties contrac- « tantes ont entendu qu'ils fussent mis à exé- « cution »

D'après cela, il faudrait décider que la donation déguisée sous la forme d'un billet portant promesse de payer telle somme doit produire son effet.

Nous nous sommes expliqué (3) sur les abus qui peuvent naître de cette jurisprudence, et la maxime générale que M. Toullier veut en déduire ajouterait beaucoup à ces inconvénients, si elle était adoptée. Mais la cour suprême, que nous sachions, n'a pas encore été jusqu'à décider qu'un billet sans cause réelle, et reconnu en fait n'avoir eu pour objet que de conférer une libéralité, devait recevoir son exécution, même entre les parties; et l'eût-elle décidé, nous ne saurions nous soumettre à sa décision.

Ce cas diffère en effet de celui d'une vente simulée, sur lequel elle a eu à statuer si souvent. Quand il s'agit d'une vente, c'est par forme de fin de non-recevoir que les héritiers du vendeur sont écartés : on leur dit que, dès que leur auteur pouvait donner à l'acheteur, ils ne peuvent prétendre qu'il a pris la forme du contrat de vente pour dissimuler sa libéralité, parce que celui qui peut faire ouvertement une chose, ne peut pas être présumé avoir voulu la faire clandestinement pour violer la loi. On maintient donc l'acte comme acte de vente, nonobstant l'allégation qu'il n'y a point de prix, parce que la preuve de cette allégation est écartée. On procède par fin de non-recevoir : et comme le contrat de vente porte avec lui sa cause, il n'y a pas lieu d'attaquer l'acte pour défaut de cause. Tandis que dans les obligations unilatérales, la cause est une condition distincte de l'objet du contrat, et elle doit exister réellement, à peine de nullité, sauf ce qui est relatif aux donations; mais alors il faut remplir les formalités prescrites. Ainsi, soit que l'on considère l'acte comme donation, soit qu'on le considère sous tout autre aspect, il est nul : il est nul

(1) *Voyez*, dans Sirey, les arrêts des 7 avril, 15 et 19 juin 1813, tome XIII, part. I, pag. 374, 376 et 378.

Dans les cas jugés par ces arrêts, on ne peut qu'applaudir aux décisions qui ont été rendues; aucune d'elles en effet ne tend à éluder la loi sur les donations, car elles sont intervenues sur d'autres objets.

(2) Tome VI, nº 180.

(3) Tome VIII, nºs 400 et suivants.

comme donation, pour défaut de forme; il est nul comme obligation ordinaire, pour défaut de cause.

On ne peut soutenir le système contraire sans perdre de vue que l'art. 1131 ne se borne pas à déclarer nulle l'obligation sur une fausse cause, mais qu'il annule également l'obligation sans cause; or, quelle peut être l'obligation qui n'a point été consentie d'après un fausse cause, et qui cependant n'a réellement point de cause, si ce n'est celle dont nous avons donné un exemple, celle d'un homme qui s'oblige sciemment à payer une chose sans avoir rien reçu, ni sans rien devoir recevoir pour cela? Il n'y en a pas d'autre. Or, la loi la déclare nulle comme simple obligation, et si elle la maintient comme donation, elle exige du moins l'emploi des formes qu'elle a prescrites à cet effet. La doctrine que Serres prêtait au parlement de Toulouse, *qu'on n'a égard qu'à la fausse cause,* ne serait bonne qu'autant qu'on pourrait faire des libéralités par *actes* sans que ces actes fussent assujettis à des formes spéciales. Mais il n'en est pas ainsi, et cette doctrine ne peut surtout se soutenir aujourd'hui devant l'article 1131, qui, encore une fois, annule aussi bien les obligations sans cause, que celles consenties d'après une fausse cause.

Maintenant, nous le demandons, n'est-ce pas rendre totalement illusoire la loi qui prescrit des formalités solennelles et authentiques pour les actes portant donation, que d'obliger le signataire d'un acte qui n'énonce point la cause de l'obligation, à prouver, pour être dispensé de l'acquitter, qu'il l'a souscrit sans cause?

Lorsqu'il l'a souscrit d'après une fausse cause, rien de mieux que ce soit lui qui prouve la fausseté de la cause, l'erreur dans laquelle il était à cet égard : il revient contre ce qu'il a reconnu dans l'acte, c'est donc à lui à prouver son erreur prétendue; et la chose lui sera facile, ou du moins ne lui sera pas impossible, parce qu'il n'aura à prouver que tel fait, qu'il croyait exister, qui est énoncé dans l'acte, n'a pas existé ou n'existait plus. Mais vous le réduisez à l'impossible, si, lorsqu'il n'a énoncé dans l'acte aucune cause de son obligation, aucun fait qui lui ait donné naissance, vous l'obligez de prouver qu'il s'est obligé sans cause; car alors sa preuve est d'une négation pure, d'une négation absolue, qui ne peut, ni en droit ni en logique, tomber en preuve.

En effet, les causes des obligations sont innombrables, et quand bien même le souscripteur de l'acte parviendrait à établir, ce qui serait d'ailleurs fort difficile, pour ne rien dire de plus, qu'il ne devait rien à titre de prêt, d'achat, de mandat, etc., il ne s'ensuivrait pas qu'il ne dût point à un autre titre: en sorte que jamais il ne parviendrait à prouver qu'il s'est obligé sans cause. Tandis que si l'obligation a réellement une cause, le créancier doit la connaître; on doit même naturellement le supposer, quoiqu'il n'agît que comme cessionnaire ou héritier de celui au profit duquel l'engagement a été souscrit. Connaissant donc la cause, il doit la déclarer, et par conséquent la prouver, parce que toute allégation doit être justifiée par celui qui la fait.

Le système contraire ouvrirait la porte aux plus graves abus : on donnerait par là effet à des promesses qui n'auraient que bien souvent des causes illicites, immorales. On éluderait surtout les lois sur les donations, non-seulement en ce qui concerne les formes, mais encore en ce qui concerne la capacité de disposer et de recevoir, ainsi que la quotité disponible. Ce n'est pas tout, les surprises et les fraudes pourraient être facilement pratiquées envers les personnes faibles ou trop confiantes, et surtout envers les mineurs, au moyen d'une fausse date mise à l'acte pour le faire passer comme fait en temps de majorité. Ces fraudes ne réussiraient pas toujours, sans doute, mais elles réussiraient certainement dans beaucoup de cas, et elles sont bien moins à craindre quand l'acte énonce une fausse cause, parce qu'il y a possibilité, et même facilité pour le souscripteur de prouver la fausseté de cette cause, tandis qu'il lui est pour ainsi dire impossible de prouver l'absence de cause réelle, quand l'acte n'en énonce aucune.

M. Toullier (1), qui est d'une opinion contraire à la nôtre sur ce point (2), s'exprime ainsi sur la question :

« S'il ne peut exister d'obligation sans une « cause honnête et licite, il n'est pas nécessaire,

(1) Tome VI, n° 175.

(2) MM. Pigeau et Delvincourt sont de notre sentiment, et l'on enseigne généralement cette doctrine à la Faculté de Paris.

« à peine de nullité, que cette cause soit exprimée. Les lois romaines voulaient que le défaut « d'expression de la cause dans un billet rejetât « sur la personne au profit de qui il avait été « souscrit, la preuve qu'il avait une cause réelle « et légitime. Ainsi le décide la loi 25, § *ult.* ff. « *de Probat.*, adoptée par le droit canonique, « *cap.* 14, X *de Fide instrumentorum.*

« Les opinions des auteurs français avaient été « partagées sur cette question, que les tribunaux « ne décidaient pas toujours de la même manière. Cependant la jurisprudence paraissait se « fixer à l'opinion de ceux qui pensent que le défaut d'expression de cause ne rend pas l'obligation nulle, et qu'on doit toujours sous-entendre « une cause juste et suffisante, lorsque le contraire « n'est pas prouvé.

« Cette opinion raisonnable est érigée en loi « par l'art. 1132, qui porte que la convention « n'en est pas moins valable, quoique la cause « n'en soit pas exprimée. »

Oui, sans doute, l'art. 1132 a érigé en loi l'opinion, controversée jadis, que *la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée;* mais la question ne roule pas sur ce point, et M. Toullier ajoute beaucoup à la disposition de l'article, quand il prétend qu'il a aussi érigé en loi l'opinion, suivant lui raisonnable, *qu'on doit toujours sous-entendre une cause juste et suffisante, lorsque le contraire n'est pas prouvé.*

Cet article ne dit pas un mot de cela, et cependant l'on n'ignorait pas la controverse qui s'était élevée sur ce point particulier; le silence de l'article est au contraire défavorable au porteur de l'acte.

Qu'on ne perde pas de vue, au surplus, que nous ne raisonnons pas dans l'hypothèse où cet acte porterait *je reconnais devoir...*, mais bien dans celle où il porte simplement : *Je compterai, je payerai, je promets payer,* sans autre explication, et qu'il est souscrit par un négociant. Or dans cette supposition nous soutenons que c'est au créancier à prouver que l'obligation a une cause, parce qu'il est demandeur, et parce que son titre ne prouve pas par lui-même la cause de la dette.

M. Toullier prétend ailleurs que la cause est présumée par le fait seul de l'obligation, et par conséquent que le créancier est dispensé de la prouver, parce que, dit-il, celui qui a en sa faveur une présomption de la loi est dispensé de toute autre preuve. (Art. 1352) (1). Nous nions cette prétendue présomption.

En effet, l'art. 1131 porte que l'obligation sans cause est nulle; il ne se borne pas à dire que l'obligation sur une fausse cause est nulle; il annule indistinctement l'une et l'autre. Or le défendeur invoque cet article. A la vérité, l'article suivant porte que la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'y soit pas exprimée. Mais qui est-ce qui argumente de cette disposition? c'est le porteur de l'acte : donc il doit prouver que, bien que son titre n'énonce pas de cause, il en a néanmoins une réellement; car il faut toujours une cause, et une cause licite, exprimée ou non. Nous trouvons bien dans l'acte la preuve du consentement, mais nous ne trouvons pas celle de la cause, puisqu'il n'en mentionne point, et qu'en effet il est possible qu'il n'y en ait pas. Or la loi exige la cause tout aussi bien que le consentement (art. 1108 et 1131); donc elle doit être prouvée aussi, puisque quiconque réclame l'exécution d'une obligation doit justifier de son existence (art. 1315), et par conséquent de tout ce qui la constitue.

Non, la présomption dont parle M. Toullier n'est point écrite dans la loi, pour le cas où aucune espèce de cause n'est énoncée dans l'acte, et qu'il s'agit de l'obligation d'un non commerçant; c'est plutôt la présomption contraire qui résulte de la combinaison des articles 1131 et 1132.

Écoutons les orateurs qui ont parlé sur ces articles au conseil d'État.

« Un citoyen, dit M. Bigot-Préameneu, *re-« connaît devoir* une somme, sans énoncer la « cause de la dette; son obligation est valable, « parce que la déclaration *qu'il doit* fait *présu-« mer* qu'il y a une cause. La volonté de s'engager a dû en effet être appuyée sur un motif. « Cependant, si réellement il n'y en a pas, il « est admis à le prouver et à faire cesser la présomption. »

M. Treilhard prend la parole, et dit « que « ceux qui sont familiarisés avec les principes du « droit conçoivent très-bien qu'il y a des obliga-

(1) Code de Hollande, art. 1958.

« tions sans cause (spécialement exprimée). Par « exemple, si je dis : *Je dois à Pierre,* on sup- « pose qu'une cause a déterminé mon aveu; que « j'ai reçu la valeur de ce que je m'oblige à « rendre, ou que je dois réellement par une « raison quelconque. Si je dis au contraire : *Je « compterai à Pierre une somme de,* il n'y a pas « de *cause présumée,* parce que je ne me suis pas « avoué débiteur. »

Ainsi, il y a présomption dans le premier cas, mais non dans le second.

Tel est, nous le croyons, le véritable esprit de la loi.

Si M. Toullier avait restreint au premier cas la présomption qu'il croit résulter de l'art. 1132, nous serions de son avis; mais sa décision sur ce point est générale, et beaucoup trop générale.

356. Au surplus, le créancier pourra prouver la cause de l'obligation même par témoins, quoique la somme s'élevât au delà de cent cinquante francs, attendu que l'acte, bien que n'établissant pas de *présomption* de droit de la dette, rend néanmoins *vraisemblable* le fait allégué, et que c'est dès lors un commencement de preuve par écrit, qui rend applicable l'article 1347.

357. Mais quand l'acte exprime spécialement la cause de la dette, ou même qu'il porte simplement la reconnaissance *de devoir,* comme la preuve que veut faire le défendeur, que la cause est fausse ou que la dette n'a cependant pas de cause, nonobstant les mots *je reconnais devoir,* va contre le *contenu* en l'acte, la preuve par témoins n'est pas admissible en principe. (Article 1341) (1). Elle l'est toutefois au moyen d'un commencement de preuve par écrit, conformément à l'art. 1347, (2), qui, en disant, « les « règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il « existe un commencement de preuve par écrit, » fait par conséquent exception à l'article 1341, l'une de ces règles, et même la principale.

358. Le serment peut aussi être déféré au défendeur qui prétend, quand l'obligation n'a point de cause exprimée, qu'elle n'en a point non plus de réelle; ou au demandeur, si le défendeur prétend que la cause exprimée est fausse ou que, nonobstant les mots *je reconnais devoir,* qui se trouvent dans l'acte, il n'y a en réalité aucune cause (art. 1358) (3). L'interrogatoire sur faits et articles est aussi une voie que pourront employer réciproquement les parties. (Art. 324 Cod. de procéd.).

359. Quant à la donation ou au legs faits d'après une fausse cause, le droit romain décide en principe qu'ils ne sont pas moins valables, *quia ratio legandi legato non cohæret* (4); mais il donne néanmoins l'exception pour se dispenser de les exécuter, lorsqu'il est démontré qu'ils n'ont été faits que dans la persuasion d'une cause qui n'existait pas (5).

On suivrait les mêmes décisions dans notre droit, ainsi que nous l'avons dit au tome VIII, n°s 546, 547, et au tome IX, n°s 337 et 338.

360. La condition sous laquelle une convention est faite tient-elle lieu de cause, lorsqu'elle s'accomplit?

Dans les promesses unilatérales non faites en la forme des donations entre-vifs, la condition ne tient point lieu de cause, lorsqu'elle est d'un fait indifférent pour celui qui promet, ou même qu'étant d'un événement qui l'intéresse, ce n'est pas le stipulant qui fait arriver cet événement. Par exemple si, sans rien vous devoir, ni sans rien devoir recevoir de vous, je vous promets la somme de mille francs, s'il y a cette année une éclipse de lune, il est clair que ma promesse n'est qu'une donation conditionnelle, pour la validité de laquelle, par conséquent, les formalités prescrites, pour les actes portant donation devraient être observées. Cela est encore plus sensible, si la condition est de ne pas faire une chose impossible, par exemple, *si vous ne touchez pas le ciel avec le doigt;* car alors elle est réputée non écrite, et la promesse est pure et simple (art. 1173) (6).

Or, elle est nulle comme obligation ordinaire,

(1) Code de Hollande, art. 1933, 1934 et 1935.
(2) Ibid., art. 937.
(3) Code de Hollande, art. 1967, § 1.
(4) L. 72, § 6, ff. *de Condict. et demonst.*; L. 52 et L. 65, § 2, ff. *de Condict. indeb.* — (5) Même loi 72, § 6, qui le décide ainsi pour le legs, et la raison est la même pour la donation.
(6) Code de Hollande, art. 1291.

pour défaut de cause, et nulle comme donation, pour défaut de formes.

S'il en était autrement, l'on sent que la loi qui prescrit des formalités particulières pour les actes portant donation deviendrait illusoire, par la facilité que l'on aurait de faire des libéralités même par acte sous seing privé, en mettant à la place de la cause une condition dont l'accomplissement serait tellement probable qu'il pourrait être regardé comme certain.

Cujas et Godefroy, sur la loi 108, ff. *de Verb. oblig.*, disent bien, comme nous, que la condition ne tient pas lieu de cause, mais ils décident cependant que l'obligation n'en est pas moins valable, parce que, disent-ils, elle est contractée *animo donandi* (1). Mais cette décision, incontestable dans les principes du droit romain, suivant lesquels les donations n'étaient assujetties à aucune formalité, si ce n'était celle de l'insinuation, et lors seulement encore qu'elles excédaient 500 *solides*, ne peut être admise dans notre législation, qui exige, pour qu'un acte portant donation soit valable et produise une action efficace, qu'il ait été passé devant notaires, avec minute, et que la donation ait été acceptée expressément (art. 931 et 932). La promesse dont il s'agit reste donc dans les termes d'une obligation ordinaire, et elle est nulle pour défaut de cause, nonobstant la condition accomplie.

Mais lorsque, indépendamment de la condition, la convention a une cause, comme dans tous les cas de contrats synallagmatiques, où la cause de l'obligation de l'une des parties est ce que l'autre doit faire pour elle, il n'y a plus de difficulté, parce qu'alors la condition n'est plus qu'une simple *modalité* de la convention, une chose accidentelle; au lieu que dans les obligations unilatérales, elle figurerait dans le contrat comme une chose essentielle, si elle tenait lieu de la cause.

361. L'obligation qui n'est consentie que par suite d'une erreur de droit, quand d'ailleurs il n'y a aucune cause puisée dans l'équité ou dans le droit naturel qui ait engagé la partie à s'obliger, est nulle pour défaut de cause ou pour erreur, ainsi qu'il a été dit *supra*, nos 127 et suivants.

(1) *Voyez* aussi les lois 7 et 8, ff. au même titre *de Verb. oblig.*

362. Les conventions qui n'ont qu'une cause illicite sont nulles comme celles qui n'ont point de cause, et la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, ou quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. (Art. 1131 et 1133) (2).

363. Toutefois, la *cause* illicite exprimée dans une donation ou dans un legs ne les vicierait point : elle serait réputée non écrite. Par exemple, si je donne ou lègue à Paul telle chose, en déclarant que c'est parce qu'il a chassé sa femme de sa maison, ou pour toute autre cause également contraire aux bonnes mœurs, la donation ou le legs n'en sont pas moins bons.

Il en est de même du legs fait sous la condition que le légataire fera quelque chose de contraire aux lois ou aux bonnes mœurs; la condition est réputée non écrite. (Art. 900.)

364. Quant à la donation entre-vifs faite aussi sous la *condition* de faire quelque chose de contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, l'art. 900 décide bien, en principe, que cette condition est réputée non écrite, comme dans les legs; mais, ainsi que nous l'avons dit au tome VII, nos 100 à 111 inclusivement, il importe de bien distinguer quelle a pu être l'intention des parties. Si elles n'ont eu d'autre but que de former un contrat onéreux pour un motif honteux ou criminel, la forme qu'ils ont choisie des actes portant donation ne sauvera pas la nullité au mépris des art. 1131 et 1178. Mais si c'est réellement une *donation* qu'a voulu faire celui qui s'est obligé; s'il n'a pas eu uniquement pour but de pousser quelqu'un au crime ou à faire une chose honteuse par l'appât d'un gain, l'acte sera considéré comme donation, et, à ce titre, il sera valable, nonobstant la condition contraire aux lois ou aux bonnes mœurs qu'il aurait imposée au donataire, parce qu'alors l'art. 900 serait seul applicable.

365. Si donc, hors le cas de donation, je vous promets une certaine somme pour que vous vous sépariez de votre femme, ou pour que vous me vengiez d'un tel, qui est mon ennemi, la promesse,

(2) Code de Hollande, art. 1371 et 1373.

dans ces cas et autres semblables, est nulle, comme n'étant fondée que sur une cause illicite ; d'où l'on voit que, dès que l'objet de l'obligation de l'une des parties est illicite, la cause de l'obligation de l'autre est illicite aussi, et par conséquent que le contrat est nul sous un double rapport.

366. Quelquefois cependant la cause de l'obligation de l'une des parties est illicite, sans que l'objet de l'obligation de l'autre le soit : tel est le cas où vous vous obligez à me restituer un dépôt que mon père vous a confié sans en avoir retiré une reconnaissance, et que vous exigez une promesse de ma part de vous payer pour cela une certaine somme... L'objet de cette obligation, la restitution du dépôt, est très-licite, mais la cause de mon obligation de vous payer la somme est illicite (1), non pas sans doute par rapport à moi, mais par rapport à vous, qui avez exigé une promesse pour faire ce que l'équité et le droit vous obligeaient de faire sans aucune rétribution.

367. La promesse faite à une femme pour l'engager à vivre en concubinage avec celui qui la lui a faite, ou à raison du concubinage déjà existant, est fondée sur une cause contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent elle est nulle.

368. Mais la donation en forme faite entre personnes que l'on prétendrait vivre ou avoir vécu en concubinage, et comme n'ayant eu d'autre cause que le concubinage lui-même, ne serait pas nulle pour cela (2), attendu que les donations en forme n'ont pas besoin d'être fondées sur une cause quelconque, et que ce qu'on pourrait dire, dans l'espèce, c'est que celle dont il s'agit n'a point de cause.

369. La promesse que quelqu'un ferait à un tuteur ou à tel parent, pour obtenir la main d'une mineure, serait nulle comme fondée sur une cause contraire aux bonnes mœurs.

Et ainsi que nous l'avons dit plus haut, nos 319 et suivants, il faut aussi regarder comme nulle la promesse faite entre des parents d'unir leurs enfants, à peine de payer telle somme en cas de refus. Cette promesse faite entre les enfants eux-mêmes est pareillement nulle. Le mariage doit être contracté librement, et la clause pénale (ou *dédit*) convenue pour cet objet est sans cause avouée par la loi ; ce qui n'empêche pas, au surplus, que si, à raison de la promesse, l'une des parties ou sa famille a fait des dépenses, soit pour obtenir des dispenses de l'Église, soit pour emplettes de noces, ou autre cause analogue, elle ne puisse réclamer une indemnité à ce sujet, attendu que les dépenses ont été faites dans des vues d'intérêt commun aux deux parties, et qu'il est juste que celle qui les rend inutiles les supporte elle-même.

370. La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari (article 1965), excepté pour les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps (art. 1966). Encore le tribunal peut-il rejeter la demande, quand la somme lui paraît excessive. (*Ibid.*)

D'après cela, les billets ou promesses qui n'ont d'autre cause qu'un de ces jeux pour lesquels la loi ne donne pas d'action, sont dépourvus de cause licite, et, comme tels, ils sont nuls.

Il n'y a pas même à distinguer si d'abord l'enjeu a été des billets eux-mêmes, ou si les billets ont été faits immédiatement après la perte de la somme, ou même s'ils l'ont été plusieurs jours après : dans tous les cas ils sont dépourvus de cause licite.

Ils sont également nuls, nonobstant la cause simulée qu'on y aurait insérée, ainsi qu'il arrive presque toujours en pareil cas ; et la fausseté de la cause exprimée peut non-seulement être établie par l'aveu du porteur du titre, ou son refus de prêter le serment, mais encore par témoins, quoiqu'il n'existât aucun commencement de preuve par écrit.

L'ordonnance de 1629 le décidait positivement par ses art. 138 et 140, dérogeant à cet égard aux règles ordinaires sur la preuve testimoniale. On trouve dans le Répertoire de M. Merlin, au mot *Jeu*, deux arrêts, l'un du parlement

(1) L. 2, § 1, ff. *de Condict. ob turpem caus.*

(2) *Voyez* tome VIII, no 242.

de Bretagne, du 12 mai 1671, l'autre du parlement de Paris, du 30 juillet 1693, qui l'ont jugé ainsi, et qui ont décidé en principe qu'en pareille matière il n'y a pas lieu d'appliquer la règle prescrite par l'ordonnance de Moulins, et ensuite par l'ordonnance de 1667 (et rappelée dans l'art. 1341 du Code civil), qu'aucune preuve par témoins n'est reçue contre et outre le contenu aux actes.

A la vérité, dans la cause jugée par le premier de ces arrêts, le défendeur alléguait des faits de fraude et de filouterie ; mais il ne paraît pas que ce soit le motif qui ait fait admettre la preuve testimoniale. Dans la seconde espèce, M. d'Aguesseau, avocat général, dit que les dispositions de l'ordonnance de 1629 étaient absolues ; qu'elles dérogeaient évidemment aux règles sur les preuves par témoins, et qu'il n'y avait pas à distinguer entre les majeurs et les mineurs, ainsi qu'on voulait le faire. Et dans une autre espèce, on a jugé qu'il n'y avait non plus aucune distinction à faire entre les cédants et les cessionnaires de billets payables *à ordre* souscrits pour dette de jeu, lorsque ces cessionnaires ont connu la cause véritable de la dette ; et l'on a obligé le cessionnaire à affirmer qu'il l'ignorait quand il a reçu le billet, l'eût-il reçu contre des valeurs réelles.

Il en devrait être de même sous le Code, car il ne paraît pas qu'on ait entendu déroger aux principes admis en cette matière dans l'ancienne jurisprudence.

Et de ce que, d'après l'art. 1967, le perdant ne peut, dans aucun cas, répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie; et de ce que le payement d'une obligation naturelle volontairement acquittée n'est pas sujet à répétition (art. 1235), il n'en faut pas conclure que les billets faits après coup pour une dette de jeu soient valables, comme ayant une cause naturelle, dont on a voulu faire une dette civile par la voie de la novation. Car le jeu, quand il sort des bornes d'un simple délassement, lorsqu'il est le but d'une spéculation intéressée, est, de sa nature, contraire à l'amour du prochain, puisqu'il ne peut profiter à l'un des joueurs qu'en appauvrissant l'autre; ce qui est opposé au droit naturel, qui nous commande d'être utile à nos semblables, loin de chercher à les priver de ce qu'ils ont (1). Si la loi empêche la répétition de ce qui a été volontairement payé, c'est par d'autres motifs ; c'est surtout parce que les deux parties, en jouant, étaient également en faute, et que, *in pari causa, melior est causa possessoris*. Ainsi, il n'y a pas d'action pour obtenir le payement, et il n'y en a pas non plus pour répéter ce qui a été payé, à moins que le gagnant n'ait joint le dol ou la filouterie à la faute d'avoir joué; mais c'est qu'alors les parties ne sont plus *in pari causa*. Les lois romaines voyaient si peu une obligation naturelle proprement dite dans le jeu appelé *gros jeu*, qu'elles accordaient la répétition, même pendant cinquante ans, à celui qui avait payé en exécution de la convention du jeu (2) ; tandis que le payement d'une obligation naturelle n'était point sujet à répétition, eût-il été fait par erreur (3).

371. En général, on ne peut confirmer ou ratifier par aucun acte confirmatif une obligation sans cause, ou sur une fausse cause, quand il n'y en a pas une réelle, attendu que l'acte confirmatif lui-même serait aussi sans cause. « Une idée vraie « et simple, disait M. Favard de Langlade, dans « son rapport au tribunat, sur la loi relative « aux *contrats ou obligations conventionnelles* « *en général;* une idée vraie et simple, c'est « qu'on ne peut confirmer et ratifier que ce qui « a réellement existé, quoique manquant de « force par quelque vice. De là il résulte qu'on « ne peut, en aucune manière, confirmer ni rati- « fier de prétendues obligations dont la loi n'a « jamais reconnu l'existence... La loi a déclaré « qu'il ne pouvait y avoir de convention sans « objet ou sans cause licite : dans ce cas il ne « peut donc y avoir lieu à ratification ; mais dans « tous les cas où l'obligé avait simplement la « faculté de proposer une exception, s'il renonce « à proposer cette exception, l'obligation reste. »

On retrouve la même doctrine dans le discours du tribun Mouricault au corps législatif : « A « l'égard, dit-il, de la confirmation ou ratifica- « tion, elle ne peut jamais valider les conventions

(1) M. Merlin, *Répertoire*, au mot *Jeu*, considère aussi le *gros jeu* sous cet aspect.

(2) *Voyez* les lois du titre du Code, *de Aleatoribus*.

(3) LL. 1, 13 et 26, § 12, ff. *de Condict. indeb.* combinées; L. 38, §§ 1 et 2 ; et L. 64, *eodem. tit.*

« dont la loi ne reconnaît pas l'existence, et qui « en conséquence ne lient personne ; telles sont, « ainsi qu'il est aisé de le conclure des diverses « dispositions combinées du projet, les conven- « tions qui ont pour objet une chose hors du « commerce, celles qui n'ont point de cause, ou « qui n'en ont qu'une fause, ou qui n'en ont « qu'une illicite. Quant aux actes qu'on a seule- « ment la faculté d'attaquer par voie de nullité « ou de rescision, et qui du moins obligent l'une « des parties, ils peuvent être utilement ratifiés « ou confirmés par un nouvel acte valable, « comme par leur exécution volontaire : telles « sont les conventions auxquelles on peut repro- « cher l'erreur, le dol ou la violence ; telles sont « celles souscrites par des incapables; telles sont, « enfin, dans les cas indiqués par la loi, celles « qui font éprouver une lésion à l'un des con- « tractants... »

372. Mais si celui qui s'est obligé sans cause, ou sur une fausse cause, à payer une somme ou une autre chose mobilière, a volontairement et sciemment exécuté sa promesse, il ne peut répéter ce qu'il a payé, attendu qu'il a voulu *donner*, ou du moins qu'il doit être considéré comme ayant entendu faire un don : *cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem consulto dati donatio est*. L. 53, ff. *de Regul. juris*. Or, comme les dons de sommes, ou autres objets mobiliers, peuvent, en général, être faits de la main à la main, sans acte (1), le payement qui a eu lieu dans ce cas est valable comme don manuel. Tout ce qu'on pourrait dire en faveur de celui qui a payé sachant qu'il s'était obligé sans cause ou sur une fausse cause, et qui maintenant veut répéter, c'est qu'il a payé la chose sans y être astreint par aucune obligation valable ; mais précisément il a voulu par là faire un don manuel, et les dons de cette espèce ne sont point interdits par la loi : seulement, lorsque l'on fait une donation par acte, elle exige, pour que cet acte soit obligatoire et produise une action efficace, qu'il soit passé en la forme qu'elle a prescrite à cet effet.

Du reste, si l'obligation mobilière sans cause ou sur une fausse cause n'a été exécutée qu'en partie, cette exécution partielle, quoique ayant eu lieu bien volontairement et sciemment, et en temps de capacité, ne donnerait pas au porteur de l'acte le droit d'exiger le surplus de la promesse : car ce surplus resterait toujours promis sans cause ou d'après une fausse cause.

Ce n'est pas que, dans les autres cas d'obligations vicieuses, l'exécution partielle ne purge le vice comme l'exécution totale, du moins généralement, ainsi que nous le démontrerons en traitant *des actes confirmatifs* ; mais dans les obligations sans cause, ou sur une fausse cause, s'il n'y a pas lieu à répéter ce qui a été volontairement payé, ce n'est pas par l'effet de la confirmation de la promesse, puisqu'elle n'était pas susceptible d'être confirmée, c'est parce que celui qui a payé a voulu *donner* ; or, on ne peut le dire que relativement à ce qu'il a payé (2).

373. Mais comme les donations d'immeubles ne peuvent être faites que par acte passé devant notaires, avec minute, et acceptation expresse (3) (art. 931 et 932), il s'ensuit qu'un immeuble qui serait livré en exécution d'un contrat nul pour défaut de cause, ou pour fausse cause, pourrait être répété. C'est par ce motif que la cour suprême, réformant une décision de la cour d'Orléans, a jugé, par arrêt que nous avons déjà eu occasion de citer (4), dans l'espèce d'une donation d'immeuble nulle en la forme, et exécutée volontairement par le donateur, que ce dernier avait pu revendiquer les immeubles des mains du donataire, nonobstant la délivrance qu'il en avait faite volontairement, attendu que la propriété n'en était pas sortie de sa main, vu l'inefficacité de tout acte confirmatif quelconque émané du donateur, pour réparer les vices d'une donation nulle en la forme (art. 1339). Tandis que si c'eût été une somme d'argent qui eût été ainsi payée volontairement, tout porte à croire que l'action en répétition aurait été écartée, par application de la règle précitée, *cujus per erro-*

(1) *Voyez* au tome VIII, n° 388.

(2) *Voyez* en ce sens l'arrêt de la cour royale de Paris, du 3 août 1811, confirmé par arrêt de rejet du 7 juin 1812. (Sirey, 1812, I, 233), qui a jugé que l'exécution donnée à un contrat de rente constitué *sans cause*, par le payement de quelques termes d'arrérages, n'autorisait pas le prétendu créancier à soutenir que le vice du contrat se trouvait purgé par ce commencement d'exécution.

(3) Toutefois, les donations faites par contrat de mariage ne peuvent être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte du défaut d'acceptation (expresse.) Art. 1087.

(4) Tome VIII, n° 389.

rem, etc., puisqu'il est constant que les dons manuels de somme ou d'effets mobiliers sont valables même dans notre droit.

374. Au reste, quant au payement d'une obligation fondée sur une cause illicite ou contraire aux bonnes mœurs, il faut distinguer.

Si les deux parties étaient en faute, il n'y aurait pas d'action pour exiger l'exécution de l'obligation; mais si elle avait été acquittée, il n'y aurait pas lieu non plus à répéter ce qui a été payé (1).

A plus forte raison si celui qui a fait la promesse était seul en cause honteuse ne pourrait-il répéter ce qu'il aurait payé. Tel est, suivant Ulpien, le cas où quelqu'un a donné de l'argent à une courtisane (soit en exécution d'une promesse, soit sans promesse préalable) (2).

Mais lorsque la cause de la promesse n'était illicite que de la part de celui au profit de qui elle a été faite, ce qui a été payé est sujet à répétition, à moins que des circonstances qui ont ensuite accompagné le payement, il n'apparaisse que l'obligé a payé bien volontairement et bien librement, voulant plutôt faire ainsi une libéralité, que se dégager seulement de sa promesse. Tel est le cas où vous m'avez arraché une obligation, dont vous avez ensuite *exigé* l'exécution, pour me remettre un dépôt. Et à plus forte raison y a-t-il lieu à la répétition, si, sans promesse préalable de ma part, vous avez exigé de moi quelque chose pour me restituer ce dépôt (3).

375. En traitant de l'action en nullité ou en rescision, nous verrons si, dans les cas de payement d'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, l'action en répétition doit être intentée dans les dix ans, à partir du payement, comme l'action en nullité doit l'être dans ce délai, à partir des différentes époques déterminées par la loi; ou bien si elle dure trente ans comme celle en répétition d'une chose payée qui n'était due sous aucun rapport quelconque.

376. Quelquefois un engagement est contracté d'après une cause alors existante, mais qui vient à cesser, comme il peut l'être d'après une cause qui a existé, mais qui avait cessé au moment du contrat. Aussi, quand je conviens avec un individu qu'il me servira pendant un an, s'il vient à mourir au bout de six mois, le contrat se trouve résilié, parce que la cause de mon obligation n'existe plus; j'aurai seulement à payer le temps pendant lequel les services ont eu lieu. Ainsi encore, lorsque, dans un bail à ferme, plus de la moitié d'une récolte vient à être enlevée par cas fortuit, sans que le fermier ait été indemnisé par les récoltes précédentes, ou qu'il le soit par les suivantes, il peut obtenir une diminution du prix du bail, à moins qu'il n'ait pris sur lui les cas forfuits par une stipulation expresse. (Art. 1769, 1770 et 1771 combinés) (4). Il n'a entendu, en effet, s'obliger à payer le prix du bail tel qu'il a été convenu, qu'en considération des fruits; or, lorsqu'il n'en recueille point une année, ou qu'il ne recueille que moins de la moitié d'une récolte ordinaire, et qu'il n'est pas indemnisé par d'autres récoltes, son obligation devient sans cause en tout ou partie pour cette année; et, s'il en est autrement lorsqu'il a pris sur lui les cas fortuits, c'est parce que le prix du bail a été fixé en conséquence : les parties ont fait en quelque sorte un contrat aléatoire.

377. Ce qui a été payé pour une cause qui est venue à cesser est sujet à répétition. Les lois romaines donnaient dans ce cas l'action appelée *condictio data causa, causa non secuta* (5); elles donnaient l'action appelée *condictio indebiti* (6) pour répéter ce qui avait été payé sans être dû en vertu d'aucune obligation même naturelle; celle dite *condictio sine causa, vel falsa causa*, pour répéter ce qui avait été payé d'après une cause spécifiée, mais qui n'existait pas, ou pour répéter la promesse, le billet ou tout autre titre que l'on avait consenti sans cause (7); enfin celle appelée *condictio ob turpem vel injustam causam*,

(1) *Ubi autem dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus : veluti si pecunia detur*, UT MALE JUDICATUR. L. 3, ff. *de Condict. ob turpem vel injust. causam.*

(2) *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt : sed nova ratione, non eo quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis : illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere cum sit meretrix.* L. 4, § 2, ff. *de Condict. ob turp. vel injust. caus.* — (3) L. 2, § 1. ff. *eodem titulo.*

(4) Code de Hollande, art. 1628, 1629 et 1630.

(5) *Voyez* au Digeste le titre *de Condict. causa data, causa non secuta*, et au Code, le titre *de Condict. ob causam datorum.*

(6) *Voyez* au Digeste et au Code le titre *de Condict. indebiti.*

(7) *Vide* au Digeste, le titre *de Condict. sine causa*, et au

pour répéter ce que l'on avait payé pour une cause honteuse ou injuste de la part seulement de celui qui avait reçu (1).

Ces diverses actions rentrent toutes plus ou moins dans celle que nous appelons action *de l'indu*, écrite dans les articles 1235 et 1376 à 1381. Nous aurons encore occasion d'en parler dans la suite.

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

378. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*
379. *Mais c'est une loi d'intérêt privé, dont la fausse interprétation par les tribunaux peut seulement constituer un* mal jugé.
380. *Toutefois, quand un tribunal attribue à un contrat les caractères et les effets que la loi a attribués à un contrat différent, d'après des faits reconnus constants par le tribunal lui-même, alors il y a violation de la loi générale.*
381. *Les conventions se régissent par la loi du jour où elles ont eu lieu.*
382. *Les conventions se dissolvent par le mutuel consentement des parties.*
383. *Le principe reçoit toutefois quelques exceptions.*
384. *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi, et elles obligent à tout ce qu'exige l'équité.*
385. *Et à ce que demande l'usage du pays où elles ont été passées.*
386. *Et à ce que la loi elle-même a établi comme droit commun.*
387. *Transition.*

378. Si la loi donne une action pour attaquer les engagements vicieux, d'un autre côté elle veut que ceux qui ont été formés d'après les règles qu'elle a tracées, et avec toutes les conditions qu'elle a prescrites, soient fidèlement observés et exécutés. « Les conventions légalement for-« mées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont « faites (art. 1134) (2).

« Elles ne peuvent être révoquées que de leur « consentement mutuel, ou pour les causes que « la loi autorise. (*Ibid.*) »

Mais quoique le contrat de société se forme, comme tous les contrats, par le mutuel consentement, néanmoins il se dissout par la volonté qu'un seul ou plusieurs des associés expriment de n'être plus en société (art. 1865, n° 5) (3); parce que l'état de communauté maintenu contre le gré de l'un ou plusieurs des intéressés donnerait lieu à des difficultés et à des procès. Il faut toutefois que la renonciation ne soit pas frauduleuse, ni faite à contre-temps (art. 1870) (4); et la faculté, pour chaque associé, de dissoudre la société, ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée (art. 1869) (5). Dans les sociétés à terme, la dissolution ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs (art. 1871) (6).

379. Les conventions légalement formées, disons-nous, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; mais cette loi n'étant que d'intérêt privé, la violation, même manifeste, des dispositions d'un contrat, ne donne point ouverture à cassation, attendu que la cour de cassation a été instituée pour réprimer les violations de la loi générale, et qu'elle ne saurait, en réformant le *mal jugé* des tribunaux, s'ériger elle-même en tribunal d'appel.

380. Toutefois, quand une loi a déterminé la nature et les effets d'un contrat, comme elle l'a fait à l'égard de la vente, de la société, etc., et qu'un jugement en dernier ressort, ou un arrêt de cour royale, reconnaît que l'acte qui lui est

Code, le titre *de Condict. ex lege, et sine causa, vel injusta causa.*

(1) *Voyez* enfin au Digeste et au Code, le titre *de Condict. ob turpem vel injustam causam.*

(2) Code de Hollande, art. 1923.

(3) Code de Hollande, art. 1683.

(4) Ibid., art. 1687.

(5) Ibid., art. 1686.

(6) Ibid., art. 1684.

soumis présente les faits qui, d'après la loi, caractérisent exclusivement telle ou telle espèce de contrat et que néanmoins ce jugement ou cet arrêt fait produire à l'acte des effets et des conséquences qui conviennent à un contrat différent; alors ce n'est plus seulement la loi particulière établie par les contractants qui a été violée, c'est aussi la loi générale, qui avait déterminé par avance la nature et les effets de l'espèce d'affaire traitée entre les parties, et à laquelle, mal à propos, on en a substitué une d'une nature différente (1).

381. De ce que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, il s'ensuit que, comme la loi d'intérêt général, elles ne peuvent avoir d'effet rétroactif. (Art. 2.)

Ainsi, quant à leurs formes et à leurs causes; quant à la capacité des contractants, à la qualité de l'affaire, à la nature de la chose promise, à la preuve de leur existence, en un mot, quant à tout ce qui se rattache à leur formation, à leur nature et à leurs effets, les conventions sont régies par la loi du jour où elles ont été consenties, lors même que les obligations qui en résultent seraient suspendues par une condition; car la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat. (Art. 1179) (2).

Ce sera donc toujours à la loi de l'époque et du lieu où le contrat aura été passé qu'il faudra recourir pour apprécier ses effets, en sorte qu'une nouvelle loi ne saurait ni les étendre ni les diminuer.

Nous disons aussi que c'est à la loi *du lieu* où le contrat a été consenti qu'il faut s'attacher, parce que, dans le silence des parties, elles sont censées avoir voulu traiter suivant la loi du lieu où elles traitent. Le Code a érigé en loi cette maxime de droit et de raison dans l'article 1159 (3).

382. Comme les conventions se forment par le consentement des parties, elles peuvent, par la même raison, être détruites ou révoquées par un mutuel consentement contraire, suivant cette règle de droit : *Quo modo res colligatæ fuerunt, eodem modo dissolvi possunt.*

383. Cependant cela n'est pas vrai dans tous les cas. Ainsi le mariage, qui se forme aussi par le consentement des parties, ne peut se dissoudre par leur consentement contraire, aujourd'hui que le divorce est aboli.

Ainsi encore les époux ne peuvent, *pendant le mariage*, renoncer aux effets de leurs conventions matrimoniales, puisque ce serait y apporter des changements, et qu'il n'est point permis d'y en apporter après la célébration (art. 1395) (4); sauf à eux à se faire, par donation ou par testament, les avantages autorisés par la loi.

Il est encore quelques autres exceptions au principe que les parties peuvent, par un mutuel consentement, résoudre la convention qu'ils ont faite; mais c'est toujours ou parce que le bien public en souffrirait, ou parce que leurs enfants ou autres personnes ont acquis un droit par l'effet de la convention, et qu'on ne peut pas le leur ravir : comme dans le cas d'une donation de biens à venir, faite aussi au profit des enfants à naître du mariage (article 1082) (5), ou d'une donation faite avec charge de conserver et de rendre aux enfants du donataire.

Au surplus, la résolution des conventions par le mutuel consentement des parties étant au nombre des manières dont se dissolvent les obligations, nous en parlerons plus tard, et nous examinerons les effets de ce mode d'extinction des contrats, en les combinant avec le principe que la propriété est aujourd'hui transférée par le seul consentement, sans qu'il soit besoin de tradition quelconque. (Article 1138) (6).

384. Les conventions doivent être exécutées de bonne foi, et elles obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. (Art. 1134 et 1135) (7).

Ainsi, un vendeur doit remettre à l'acheteur non-seulement les titres qui assurent la propriété,

(1) *Voyez* au *Répertoire* de M. Merlin diverses décisions rendues en conformité de cette raisonnable distinction entre un simple *mal jugé* et une violation de la loi générale, vº *Convention*, et vº *Société*.

(2) Code de Hollande, art. 1297.

(3) Code de Hollande, art. 1382.

(4) Ibid., art. 204.

(5) Ibid., art. 231 et 233.

(6) Ibid., art. 1273.

(7) Ibid., art. 1374 et 1375.

mais encore les autres titres relatifs à la chose vendue, s'il en a, et qui, sans lui être utiles, pourraient l'être à cet acheteur, en établissant certaine circonstance ou en rappelant certains souvenirs qui donneraient un prix à la chose. C'est là une des suites que l'*équité* donne à la convention, d'après sa nature.

385. C'est par suite de l'*usage* qu'à Paris, par exemple, le locataire d'un appartement a un délai de plusieurs jours (1) après l'expiration du terme, pour faire son déménagement, quand bien même il serait entré en jouissance le premier jour du terme; et sans pour cela qu'il doive une augmentation de prix.

Dans la plupart des cas, l'usage est fondé sur l'équité; mais il en est quelques-uns où l'équité ne se montre pas aussi évidemment à tous. Aussi l'article 1135 (2) ne fait-il pas une vaine répétition en disant que « les conventions obligent à « toutes les suites que l'équité ET l'usage donnent « à l'obligation d'après sa nature. »

Non-seulement c'est par suite de l'équité, mais encore par l'effet de la disposition de la LOI, que le vendeur est tenu de la garantie envers l'acheteur évincé, quoiqu'il n'ait rien été dit à ce sujet dans le contrat de vente (art. 1626) (3);

Qu'il se forme entre le locateur et le locataire d'une maison, ou d'un héritage rural, une tacite réconduction par la continuation de jouissance du locataire sans opposition de la part du locateur (art. 1759 et 1776) (4);

Que celui qui a promis une servitude est censé avoir promis de concéder les moyens de l'exercer (art. 696) (5);

Que celui qui cautionne simplement et sans restriction une obligation, est censé cautionner toutes les suites naturelles et légales de cette obligation (art. 2016);

Que celui qui promet de donner ou livrer une chose, est censé s'obliger à apporter à la conservation de cette chose tous les soins d'un bon père de famille (art. 1137) (6).

386. On multiplierait à l'infini les exemples; mais, bien que tous ces cas eussent pu être décidés par les seuls principes de l'équité, néanmoins ils le sont formellement aussi par la loi, et l'on doit s'en applaudir, puisque moins elle laisse de latitude à l'arbitraire du juge, moins elle livre de cas à ses doutes et à ses incertitudes, plus elle est parfaite.

Cependant elle n'a pu les prévoir tous, car, comme on l'a dit : « les législateurs ne sont pas « des dieux; mais du moins les juges sont des « hommes, et, à ce titre, les lumières de la rai- « son naturelle peuvent les guider dans les cas « obscurs, difficiles et à l'égard desquels la loi « serait muette ou insuffisante. »

387. Les obligations étant de donner quelque chose, ou de faire ou de ne pas faire quelque chose (art. 1101) (7), nous traiterons des effets de chaque espèce en particulier.

SECTION II.

DE L'OBLIGATION DE DONNER.

SOMMAIRE.

388. *Division de la section.*

388. Nous parlerons, dans un premier paragraphe, de l'obligation de *donner*, considérée par rapport au débiteur, et de la surveillance qu'il doit apporter à la conservation de la chose promise;

Dans un second, de l'effet de l'obligation de donner par rapport au créancier;

Et dans un troisième, de la mise en demeure du débiteur.

§ Ier.

De l'obligation de donner, considérée par rapport au débiteur, et de la surveillance qu'il doit apporter à la conservation de la chose promise.

SOMMAIRE.

389. *L'obligation de donner emporte celle de livrer et de conserver la chose : ici le mot* donner *n'est pas pris dans le sens de* libéralité

(1) Et qui varie en raison de l'importance de la location.
(2) Code de Hollande, art. 1375.
(3) Ibid., art. 1528.
(4) Ibid., art. 1623 et 1634.
(5) Code de Hollande, art. 740.
(6) Ibid., art. 1271 et 1272.
(7) Ibid., art. 1270 et 1349.

389. L'obligation de donner une chose emporte celle de la livrer et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de tous dommages-intérêts envers le créancier. (Art. 1136) (1).

Ici le mot *donner* est pris, non dans le sens de libéralité, mais dans le sens du mot latin *dare*, c'est-à-dire *accipientis facere*. § *Sic itaque*, 14, Inst. *de Actionibus*. L'obligation du débiteur n'est pas de faire une délivrance comme celle qui a lieu dans les cas de louage, de commodat ou de gage, ou autres contrats qui ont simplement pour objet la jouissance, l'usage ou la possession de la chose; elle est de faire une délivrance avec cet effet que le créancier, devenu propriétaire, puisse disposer de la chose comme bon lui semblera, sauf l'effet des clauses ou conditions résolutoires, s'il y en a. Nous verrons, au surplus, avec plus de précision, au paragraphe suivant, quel est l'effet de l'obligation de donner en ce qui concerne la translation de propriété au profit du créancier.

390. L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur, ou de tout autre débiteur d'immeubles, lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété, quelle que soit la nature de l'immeuble (2). (Art. 1140 et 1605 combinés) (3).

391. Et, suivant l'article 1606 (4), la délivrance des effets mobiliers s'opère :

Ou par la tradition réelle,

Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.

392. Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre. (Art. 1689) (5).

Mais, d'après l'art. 1690 (6), le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'ac-

(1) Code de Hollande, art. 1271 et 1272.

(2) Cependant, à l'égard des rentes sur l'État et des actions sur la banque de France qui ont été immobilisées, le transport ne s'en opère pas par la seule remise du titre, mais par une inscription sur les registres, certifiée par un agent de change.

(3) Code de Hollande, art. 671.

(4) Ibid., art. 667.

(5) Ibid., art. 668. — (6) Ibid.

ceptation de ce transport faite par le débiteur dans un acte authentique (1).

393. L'obligation de donner diffère en un point essentiel de l'obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose, sans parler des autres différences que l'on peut remarquer entre ces deux espèces d'obligations, et que nous signalerons successivement.

Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142) (2). Ce principe est fondée sur la liberté des personnes et des actions: *Nemo ad factum precise cogi potest.* Seulement le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit, et il peut même se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu (art. 1143) (3). Il peut aussi, en cas d'inexécution d'une obligation de faire telle ou telle chose, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. (Article 1144) (4).

Au lieu que dans l'obligation de donner tel objet, comme cette obligation emporte celle de *livrer* la chose (art. 1136), le créancier est en droit d'exiger cette chose même, et le débiteur ne se libère pas en lui en offrant la valeur à titre de dommages-intérêts; la chose est maintenant au créancier (art. 1138) (5), qui ne peut être contraint de la céder ou de l'abandonner, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité (art. 545) (6). Toutes les fois donc que le créancier pourra se faire délivrer l'objet par les voies de droit, même *manu militari*, il pourra par cela même exiger qu'il lui soit remis, et la justice devra en ordonner la remise; car l'obligation du débiteur n'est point du nombre de celles qu'on nomme *alternatives*, ni du nombre de celles qu'on appelle *facultatives*, et dont nous parlerons ultérieurement: elle est déterminée à la chose promise; c'est cette chose seule qui est due, et qui par conséquent doit être livrée.

Mais quand il s'agira d'un effet mobilier que le débiteur cachera et refusera de remettre, comme un diamant, alors le créancier sera bien forcé de recourir à une condamnation en dommages-intérêts; et, à ce titre, il pourra conclure à la contrainte par corps, même en matière civile, si le dommage s'élève au moins à trois cents francs (art. 126, Cod. de procéd.). Mais le débiteur n'aura pas rempli son obligation comme il devait la remplir: il aura retenu une chose qui ne lui appartenait plus.

394. Ce n'est pas seulement dans les obligations de donner, que le débiteur, en principe, peut être contraint à livrer la chose; c'est aussi dans celles qui ont pour objet le simple usage ou la simple jouissance de la chose. Ainsi, par exemple, dans le louage, le locateur peut être contraint de mettre en jouissance le locataire, et il ne se libérerait pas de son obligation en lui offrant une indemnité ou des dommages-intérêts. Son obligation n'est pas simplement de *faire*, elle est aussi de *livrer;* et d'ailleurs, le créancier pouvant la faire exécuter sans gêner la liberté personnelle du débiteur, l'art. 1142 lui donnerait le droit de demander aux tribunaux sa mise en jouissance, *etiam manu militari.*

395. On a beaucoup disputé, dans les anciens principes, sur la question de savoir si le vendeur d'un corps certain était précisément, par la nature même du contrat de vente, tenu de délivrer la chose vendue, quand cela lui était possible, et si, à son refus, l'acheteur pouvait se la faire remettre *manu militari;* ou bien si le vendeur remplissait suffisamment son engagement en offrant de payer la valeur de la chose, à titre de dommages-intérêts (7). Comme cette question est tranchée par les dispositions du Code civil, suivant lesquelles l'obligation de donner emporte celle de livrer (art. 1136), et la propriété est transférée par le seul consentement des parties (art. 1138), nous regardons comme inutile de la discuter.

(1) Nous aurons toutefois dans la suite quelques observations à faire sur cette disposition.

(2) Code de Hollande, art. 1275.

(3) Ibid., art. 1276.

(4) Ibid., art. 1277.

(5) Code de Hollande, art. 1273.

(6) Ibid., art. 544.

(7) *Voyez* Vinnius, *princip.* Instit. *de Empt. et vend.*, et les nombreux auteurs qu'il cite comme ayant pris parti pour ou contre sur la question.

396. Selon l'art. 1136, l'obligation de *donner* emporte bien celle de *livrer* la chose, et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages-intérêts envers le créancier ; mais cet article ne dit pas que cette obligation emporte celle de garantir au créancier la libre jouissance de la chose, et par conséquent celle de l'indemniser en cas d'éviction.

La raison en est simple : cet article, ainsi que l'indique le titre sous lequel il est placé, s'applique aux obligations en général, et non pas à toute obligation quelconque. Or, dans toute obligation de donner une chose, le débiteur doit bien la livrer, et la conserver jusqu'à la livraison, à peine des dommages-intérêts du créancier ; mais la garantie, en cas d'éviction, n'est pas due dans toute obligation : elle n'est pas due, en principe, dans les donations (1) ; elle n'est pas due non plus dans les ventes quand elle a été exclue par une stipulation (art. 1627) (2) ; et elle n'est pas due par l'héritier aux légataires de corps certains (3). Nous reviendrons au surplus souvent sur la garantie.

397. D'après l'art. 1137 (4), « l'obligation de « veiller à la conservation de la chose, soit que « la convention n'ait pour objet que l'utilité de « l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet « leur utilité commune, soumet celui qui en est « chargé à y apporter tous les soins d'un bon père « de famille.

« Cette obligation est plus ou moins étendue « relativement à certains contrats, dont les effets, « à cet égard, sont expliqués sous les titres qui « les concernent. »

398. La première disposition de cet article semble exclure la théorie des interprètes du droit romain qui, d'après des textes positifs, reconnaissent plusieurs degrés dans les fautes, qui reconnaissent même trois espèces de fautes : la grande faute, la faute moyenne ou légère, et la faute très-légère, et qui distinguent soigneusement dans quelle espèce de contrat ou d'affaire la faute a eu lieu, examinant, à cet égard, si la convention était dans l'intérêt seulement de l'une des parties, ou si elle était au contraire pour leur utilité commune. L. 5, § 2, ff. *Commodati vel contra:* L. 18, ff. *de Regulis juris,* et autres textes.

Mais la seconde disposition de ce même article rappelle implicitement cette théorie, en disant que « l'obligation de veiller à la conservation de « la chose est plus ou moins étendue relativement « à certains contrats, dont les effets, à cet égard, « sont expliqués sous les titres qui les concer- « nent. » Car si elle n'a pas la même étendue dans toute espèce de contrat, c'est par cela même reconnaître que le débiteur, dans telle affaire, peut n'être pas tenu d'une faute dont il eût pu être responsable dans telle autre affaire ; et c'est par cela même reconnaître aussi que l'obligation d'apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille a une mesure relative, ou, en d'autres termes, que les soins d'un bon père de famille, exigés en principe dans tous les contrats, sont cependant exigés tantôt d'une manière plus étroite, et tantôt avec moins de rigueur. En sorte que le principe lui-même, par les restrictions qui y sont apportées dans la seconde disposition de cet art. 1137, ne serait que la base de la théorie dont nous venons de parler, loin de l'exclure, comme on l'a prétendu. Expliquons-nous ; et, pour cela, rappelons l'ancienne doctrine sur les fautes commises dans les contrats ou autres affaires.

399. Selon les principes du droit romain, que nous suivions généralement dans notre ancienne jurisprudence en ce qui concerne les contrats du droit des gens, comme la vente, le louage, la société, le mandat, le dépôt, etc., on distinguait, comme nous venons de le dire, trois espèces de fautes, ou, en d'autres termes, on reconnaissait trois degrés dans les fautes. Nous allons le démontrer par des textes positifs.

Ainsi, l'on qualifiait du nom de grande faute, *lata culpa*, la très-grande négligence, *nimia negligentia ;* et par là les jurisconsultes entendaient ce manque de discernement qu'ont généralement les hommes même les moins intelligents : *Id est, non intelligere quod omnes intelligunt. L.* 213,

(1) *Voyez* tome VIII, n°s 525 à 532, pour le principe et les exceptions qu'il souffre.

(2) Code de Hollande, art. 1529.

(3) *Vide* tome précédent, n°s 253 et suivants.

(4) Code de Hollande, art. 1271 et 1272.

§ 2; L. 223, ff. *de Verb. signif.* L'on doit entendre aussi par *grande faute,* cette négligence extrême qui n'est ordinairement le partage que des hommes les moins soigneux et les moins aptes à la conduite de leurs affaires.

Et magna negligentia, culpa est; magna culpa, dolus est, L. 226, *eodem tit.* C'est-à-dire que la grande faute est assimilée au dol quant à la responsabilité de celui qui l'a commise, L. 1, § 1, ff. *Si mensor falsum modium dixerit.* Mais en matière de crimes, la faute lourde n'est point comparée au dol : *Nec hàc lege* (*Cornelia*) *culpa lata pro dolo accipitur.* L. 7, ff. *ad legem Cornel. de sicariis.* On répondait de la grande faute dans tous les contrats, en toute espèce d'affaire. L. 8, § 3, ff. *de Precario.*

400. Celui qui n'apportait pas à la conservation de la chose due, ou à la conduite de l'affaire dont il était chargé, tous les soins et toute la diligence que communément les bons pères de famille apportent à la conduite de leurs affaires, avait commis la faute légère, *levis culpa.*

Mais les docteurs (1), par une interprétation, qui paraît assez exacte, de plusieurs textes du droit romain, considèrent la faute légère sous un double point de vue. Tantôt ils l'estiment, comme il vient d'être dit, par la vigilance que tout père de famille bien réglé a coutume d'apporter à la conduite de ses affaires, abstraction faite de celle que la partie qui est en faute a mise dans l'administration des choses qui lui appartiennent; et cette faute est par eux appelée faute légère, prise dans le sens abstrait, *in abstracto.* C'est ordinairement de cette espèce de faute que sont responsables ceux qui forment des engagements où chacune des parties a ou peut avoir un avantage. D'autres fois ils estiment la faute en considérant la vigilance habituelle qu'apporte à ses propres affaires celui avec qui l'on a traité : c'est apprécier la faute dans le sens concret, *in concreto,* pour employer leur langage. C'est en ce sens qu'un associé, du moins dans les principes du droit romain, répond de sa faute légère envers ses associés, parce que, disent les lois romaines, celui qui se choisit un associé peu diligent doit s'imputer sa propre faute (2). L. 72, ff. *pro Socio,* et § 9, Instit. *de Societate.* En sorte que, quoique l'associé n'eût pas apporté dans la conduite des affaires de la société, les soins et l'habileté ordinaires des bons pères de famille, il n'eût point été responsable de ses fautes, s'il n'avait pas été plus diligent dans la conduite de ses propres affaires, et si d'ailleurs les fautes n'eussent pas été très-graves; car, dans tous les cas, on répond de celles-là, puisqu'elles sont assimilées au dol, L. 226, ff. *de Verb. signif.,* et que dans tout contrat quelconque le dol doit être réprimé, y eût-il stipulation contraire, L. 23, ff. de *Regul. juris.* Mais s'il eût été plus diligent et plus soigneux pour ses propres affaires que pour celles de la société, il eût été responsable, pourvu toutefois que la faute eût été au moins légère; car dans les contrats intéressés de part et d'autre on ne répondait pas de la faute très-légère, L. 5, § 2, ff. *Commodati vel contra :* c'est-à-dire de celle que les seuls pères de famille d'une vigilance extrême ne commettraient même pas, ou du moins qu'ils ne commettent que rarement.

La loi 22, § 6, ff. *ad Senatus-cons., Trebell.* décide aussi que celui qui est tenu de restituer une hérédité ne répond que de sa faute légère estimée *in concreto;* en sorte que, s'il avait apporté à la conservation des objets de l'hérédité les mêmes soins qu'il avait mis dans la conduite de ses propres affaires, il n'était point responsable de ses fautes, pourvu, comme il vient d'être dit sur le cas de société, qu'elles ne fussent pas très-graves.

Mais dans les ventes, dans le louage, dans les échanges, chacune des parties, par la nature même du contrat, et en l'absence de toute stipulation relative aux fautes, répond de la faute légère estimée dans le sens abstrait. En sorte qu'un

(1) *Vide* Heineccius, *Elementa juris,* n° 787.

(2) Cette raison n'est toutefois pas concluante; car la même chose s'observe dans la communauté entre héritiers (L. 25, § 16, ff. *Familiæ ercisc.*), ou autres personnes, et la communauté est ordinairement l'effet du hasard. Il ne faut pas non plus dire avec Heineccius, *Elementa juris,* n° 947, note, que la raison probable de cette décision, c'est parce que l'associé qui s'aperçoit de la négligence de son coassocié paraît avoir approuvé sa conduite, en ne demandant pas la dissolution de la société, comme il pouvait le faire. Il y a plus d'une réponse à faire à ce raisonnement. Il est plus probable que les jurisconsultes romains n'ont pas cru que les choses dussent être traitées avec rigueur entre ceux qui avaient des intérêts communs, *quoniam heres propter suam partem causam habuit gerendi,* dit le jurisconsulte Paul dans la loi 25 précitée.

vendeur, qui n'aurait pas apporté à la conservation de la chose vendue tous les soins qu'un bon père de famille bien réglé aurait communément apportés dans le même cas, ne serait pas excusé en disant qu'il est négligent de sa nature, qu'il n'a pas apporté à la garde ou à la conservation des choses qui lui appartiennent, plus de soins que pour la chose vendue, par exemple, qu'on lui a volé aussi un cheval en même temps qu'on a volé celui qui était l'objet de la vente. Il ne serait pas écouté, si sa faute était du nombre des fautes dites *légères*.

401. Enfin il y avait aussi la faute très-légère, *levissima culpa*, L. 44, ff. *ad Legem Aquiliam*. Et l'on entendait par là, suivant Godefroy dans ses notes sur la loi 32, ff. *Depositi vel contrà*, la faute résultant d'une impéritie pardonnable, à raison surtout de la qualité de la personne; *levissima culpa, si qua est, ex imperitia non affectata nascitur. Similis est, quæ ratione ætatis, sexus, rusticitatis, facile excusatur.* Mais nous préférons dire, avec Heineccius, que la faute très-légère est celle qui consiste à ne pas apporter toute l'attention que les pères de famille les plus vigilants et les plus attentifs mettent dans la garde de leurs choses et dans la conduite de leurs affaires.

402. Au reste, l'impéritie dans l'art ou profession que l'on exerce était comptée pour faute au moins légère, dont on était responsable; et souvent même pour faute grave : *imperitia culpæ adnumeratur*, *L.* 132. ff. *de Regulis juris;* L. 9, *princip. Locati conducti*. § 7, Inst. *de Lege Aquiliâ; princip.* Inst. *de Obligat. quæ ex quasi delicto nascuntur;* L. 7, § *ult.*, et L. 8, ff. *ad Legem Aquiliam* et L. *ult.*, *de Variis et extraord. cognition.*

403. La faiblesse même est une faute de la part de celui qui exerce un métier où sa faiblesse peut nuire : *cum affectare quisquam non debeat in quo intelligit vel intelligere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram.* L. 8, § 1, ff. *ad Legem Aquil.* Par exemple, si un muletier n'a pas eu la force de contenir ses mules, ou si un cavalier n'a pu retenir son cheval. *Ibid.*

404. C'est pareillement une faute de nous immiscer dans une chose qui ne nous concerne pas. *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti.* L. 36, ff. *de Regul. juris.* Ce qui doit toutefois être entendu avec un certain tempérament, à raison des circonstances de l'affaire.

Mais celui qui est tenu d'obéir n'est point en faute en obéissant : *Ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit.* L. 169, ff. *de Regul. juris.* L. 167, § 1, *eodem tit.*

405. N'est point en faute, non plus, celui qui ne peut empêcher la chose : *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.* LL. 50 et 109, *eodem tit.*

406. Chacun répond de la faute de ceux qu'il admet dans sa maison : *Mihi ita placet ut culpam etiam eorum quos induxit, præstet suo nomine.* L. 11, ff. *Locati.*

Supposé toutefois qu'il ait eu tort d'admettre de tels gens : *Si tamen culpam in inducendis admittit, quod habuerit, vel suos, vel hospites.* (*Ibid.*)

407. Quant à l'application des règles touchant les fautes dont on doit répondre, le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 23, ff. *de Regulis juris*, dit que certains contrats emportent la responsabilité du dol seulement (1); que d'autres emportent celle du dol et de la faute (2) : *Dolum, tantum, depositum et precarium; dolum et culpam, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelæ, negotia gesta (in his quidem, et diligentiam), societas, et rerum communio, et dolum culpam recipit, Sed hæc ita, nisi, si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus : nam hoc servabitur quod initio convenit*, etc.

Le même jurisconsulte, dans la L. 5, § 2, ff.

(1) Et de la faute lourde, qui, ainsi que nous l'avons dit, est assimilée au dol, en matière civile, et dont on répond dans tous les cas. L. 8, § 3, ff. *de Precario.*

(2) Ce qui doit s'entendre de la faute légère, d'après ce qui vient d'être dit. D'ailleurs, en thèse générale, le mot *Faute*, sans addition, s'entend de la faute appelée légère, *levis culpa*. Et, dans plusieurs des affaires données ici en exemple, l'une des parties répond même de la faute très-légère, *culpa levissima*.

Commodati, vel contra, établit encore avec plus de précision les règles touchant la responsabilité des fautes commises dans les divers contrats. Il pose en principe que, dans les conventions faites pour l'utilité de l'une des parties seulement, comme dans le dépôt fait sans stipulation de salaire, dans le commodat, celui qui ne retire aucun avantage du contrat répond seulement de son dol et de la faute lourde, qui est assimilée au dol; que l'autre partie répond même de la faute très-légère, *et culpam præstandam et diligentiam;* et que, lorsque le contrat a été formé dans l'intérêt des deux parties, comme dans la vente, dans le louage, le gage, la constitution de dot, la société, chacun des contractants doit répondre de son dol et de sa faute, *dolus et culpa præstatur*, ce qui doit s'entendre de la faute légère, mais non de la faute très-légère, *levissima culpa*.

408. Ainsi le droit romain, après avoir positivement reconnu, dans l'ensemble de ses dispositions, trois espèces de fautes, règle aussi dans chaque contrat, et même dans chaque quasi-contrat, de quelle espèce de faute chacune des parties doit répondre; et il ne s'agissait plus, pour le juge, que d'apprécier en *fait* la faute prétendue, et d'appliquer la loi suivant les caractères du fait allégué et prouvé.

Notre Code établit bien pareillement dans quelques contrats, notamment dans ceux de commodat, de dépôt et de mandat, des dispositions relatives aux fautes que les parties pourraient avoir commises; mais il ne spécifie pas, comme le droit romain, dans chaque contrat, de quelle sorte de faute les contractants doivent répondre, ou quel caractère doit avoir la faute commise pour pouvoir donner lieu aux dommages-intérêts. Nous ne voyons guère la faute qualifiée que dans l'art. 804 (1), qui porte que l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes *graves* dans l'administration dont il est chargé; et si, dans les articles 1382 et 1383 (2), on lit que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la *faute* duquel il est arrivé à le réparer, et que chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son *fait*, mais encore par sa *négligence* ou par son *imprudence*, ces dispositions sont généralement relatives aux faits qui constituent des *délits* ou des *quasi-délits*, ainsi que l'indique l'intitulé du chapitre sous lequel elles sont placées. Quant aux fautes commises dans les obligations résultant des conventions, c'est l'art. 1137 qui renferme les règles relatives à la responsabilité du contractant qui est en faute. Mais, comme on vient de le dire, si la première partie de cet article porte en principe que l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que le contrat n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'il ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille, d'un autre côté, cet article ajoute que cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, *à cet égard*, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

Or, si cette obligation est plus ou moins étendue dans certains contrats, les soins d'un bon père de famille, exigés cependant en principe en toute espèce d'affaire, ne le sont donc pas de la même manière dans tous les cas; en d'autres termes, on peut donc, dans certains contrats, n'être pas tenu d'une faute dont on devrait répondre dans telle autre affaire : ce qui veut dire, en définitive, qu'on a pu impunément, dans certaine affaire, négliger de se conduire en bon père de famille, puisqu'on n'est pas responsable de la faute que l'on a commise, et que cependant un bon père de famille n'aurait pas commise. En un mot, le véritable principe de la matière se trouve donc, non dans la première partie de l'article, mais dans la seconde, qui paraît cependant n'être qu'une modification du principe lui-même.

409. Démontrons encore davantage la justesse de cette proposition, que l'on contesterait en vain, et, pour cela, voyons quel est le sens de ces mots, *tous les soins d'un bon père de famille*.

Si l'on prend ces expressions dans un sens absolu, c'est-à-dire en considérant la conduite de la partie dans l'affaire, par comparaison à la

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 1401 et 1402.

conduite qu'aurait tenue ou dû tenir, dans le même cas, un bon père de famille en général, il est évident que le principe, que l'on doit apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille, n'est pas applicable à tous les cas quelconques.

D'abord, il ne le serait pas à l'héritier bénéficiaire, à qui la loi n'impose pas l'obligation de répondre de toutes les fautes qu'il aurait commises dans son administration, mais seulement l'obligation de répondre des *fautes graves* (article 804). En sorte que, quand bien même cet héritier serait un homme très-soigneux pour ses propres affaires, si les fautes qu'il a commises dans son administration n'étaient point graves, il n'en répondrait pas. La gravité des fautes commises s'apprécierait dans le sens abstrait, et il ne suffirait pas qu'elles fussent légères pour que l'héritier en fût tenu; il faudrait qu'elles fussent graves.

Ainsi encore (mais en estimant la faute dans un autre sens, *in concreto*), le dépositaire, en principe, est tenu d'apporter à la conservation de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927 (1), et L. 32, ff. *Depositi vel contra*): seulement sa responsabilité est plus étroite, 1° s'il s'est offert de lui-même pour recevoir le dépôt; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° si le dépôt a été fait uniquement dans son intérêt (2); et 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute (art. 1928) (3). Mais hors ces cas, quand bien même un père de famille bien réglé n'aurait pas commis dans ses propres affaires la faute que le dépositaire a commise, celui-ci ne serait pas responsable, s'il n'avait pas d'ailleurs apporté plus de soins à la garde de ses propres choses, et si, en outre, la faute qu'on lui reproche n'était pas une faute lourde, dont on répond dans tous les cas, *quia magna culpa dolo æquiparatur*. Comme, *vice versa*, dans les cas d'exception ci-dessus cités, si la faute que le dépositaire a commise était légère, par comparaison à la conduite qu'aurait généralement tenue, en pareille circonstance, un père de famille bien réglé, il ne serait point excusé en disant qu'il n'a pas apporté plus de soins dans la garde de ses propres choses. En sorte qu'il est tenu, en principe, de la faute estimée *in concreto*, et, dans les cas d'exception (4), de la faute estimée *in abstracto*. L'on voit aussi que le mandataire qui reçoit un salaire est tenu d'une diligence plus exacte que lorsqu'il n'en reçoit pas (art. 1992) (5); ce qui ne permet pas de douter que, même sous le Code, il n'y ait plusieurs degrés dans les fautes dont on peut être responsable. D'ailleurs en parlant des *fautes graves* de l'héritier bénéficiaire, le Code suppose par cela même que d'autres fautes peuvent avoir été commises par l'héritier, et qui ne seraient point graves : donc il y en a de plusieurs sortes.

410. Nous concluons de là, que l'obligation d'apporter à la conservation de la chose *tous* les soins d'un bon père de famille, soit que le contrat n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'il ait pour objet leur utilité commune, ainsi que le dit l'art. 1137 dans sa première disposition, n'est pas la même dans tous les cas, comme nous l'enseigne d'ailleurs cet article dans sa seconde partie.

Le principe lui-même est subordonné, dans son application, aux différents contrats ou aux différentes espèces d'affaires; et il nous semble que, hors les cas où le Code se serait formellement expliqué sur la faute dont les parties ou l'une d'elles doivent répondre, et aurait ainsi déterminé les caractères de cette faute, ce qui est rarement arrivé, au surplus, il n'y a pas d'inconvénients à suivre les règles tracées par le

(1) Code de Hollande, art. 1743.

(2) Mais alors c'est plutôt un commodat, ou prêt à usage, qu'un véritable dépôt.

(3) Code de Hollande, art. 1744.

(4) Et même dans le cas où le dépôt aurait été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire, celui-ci serait tenu de sa faute très-légère, comme dans le cas de commodat; d'autant mieux, ainsi que nous l'avons dit, que c'est alors plutôt un commodat qu'un dépôt. Or, en principe, lorsque le contrat a eu lieu dans l'intérêt de l'une des parties seulement, cette partie est tenue de sa faute même très-légère. L. 5, § 2, ff. *Commod. vel contra*. Le droit romain faisait toutefois exception pour le cas de concession à précaire; celui qui avait reçu la chose n'était tenu que de la faute grave, parce que, dans cette concession, il y a volonté de conférer une libéralité. L. 8, § 3, ff. *de Precario*.

(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

droit romain; que nos anciens jurisconsultes français avaient presque tous prises pour guide en cette matière.

411. L'on dirait donc, en principe général, que, dans les contrats formés pour l'utilité de l'une et de l'autre partie, comme la vente, l'échange, le louage, chacune d'elles répond de la faute dite légère, appréciée selon la diligence qu'apportent communément les bons pères de famille dans la conduite de leurs affaires. L. 5, § 2, ff. *Commodati vel contra*. Mais dans le contrat de société, on se contenterait d'une diligence égale à celle que l'associé a mise dans l'administration de ses propres biens, pourvu toutefois que la faute qui lui serait reprochée ne fût pas lourde. L. 72, ff. *pro Socio;* § 9. Instit. *de Societate;* et L. 226, ff. *de Verbor. sign.*, combinées.

412. Dans les contrats formés pour l'utilité de l'une des parties seulement, comme le dépôt, le prêt à usage, celui qui a tout l'avantage du contrat répondrait de sa faute même très-légère, tandis que l'autre répondrait seulement de la faute grave, quand d'ailleurs il n'aurait pas été plus diligent dans la garde de ses propres affaires. L. 5, § 2, ff. *Commodati vel contra*; L. 23, ff. *de Regul. juris.* et L. 32, *Depositi vel contra,* combinées; Heineccius, *Elementa juris,* n° 788.

413. Mais cette règle souffrirait toutefois quelques exceptions. Ainsi, quoique le mineur retire seul un avantage de la tutelle, le tuteur néanmoins est tenu de la faute légère, appréciée même dans le sens abstrait, et non pas seulement par comparaison avec la négligence qu'il aurait mise dans l'administration de ses propres affaires; en sorte que cette négligence ne l'excuserait pas envers le mineur. L. 1, ff. *de Tutel. et rationib. distrah.;* L. 20, Cod. *de Negotiis gestis,* et art. 450 du Code. Il était utile de donner une garantie aux mineurs contre l'incurie ou l'imprudence des tuteurs.

On exceptait aussi, dans le droit romain, le cas du mandat. Bien que le mandataire ne retire aucun avantage du contrat de mandat proprement dit, il répondait cependant de ses fautes *légères*. appréciées même dans le sens abstrait, attendu qu'en se chargeant d'une affaire qui exigeait une certaine diligence ou une certaine habileté, il a par cela même promis de l'y apporter. LL. 13 et 21 Cod. *Mandati vel contra.*

L'article 1992 porte que le mandataire répond non-seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion; que néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire. Il nous semblerait, d'après cela, que le mandataire qui reçoit un salaire devrait être tenu de sa faute légère, même dans le sens abstrait, c'est-à-dire que, quand bien même il eût été très-négligent pour ses propres affaires, il ne serait pas excusé des fautes qu'il a commises dans l'exécution du mandat; mais que celui qui a reçu un mandat gratuit ne devrait répondre que de la faute légère dans le sens concret, c'est-à-dire, qu'il serait excusable s'il avait apporté à la conduite de l'affaire qui lui a été confiée autant de soin qu'à ses propres affaires, quand bien même un autre père de famille mieux réglé aurait pu montrer, dans l'exécution du mandat, plus de soins et d'habileté. Du reste, il serait toujours responsable de ses fautes graves.

414. Celui qui s'est offert de lui-même à faire telle ou telle chose est tenu plus étroitement, quant aux fautes, que celui qui a simplement accepté de faire la chose. Voilà pourquoi le dépositaire, qui s'est offert de lui-même à recevoir le dépôt, est tenu d'une diligence plus exacte que le dépositaire à qui le dépôt a été présenté. (Article 1928) (1).

Voilà pourquoi aussi, suivant plusieurs docteurs, celui qui gère les affaires d'un autre de son propre mouvement répond de toute espèce de faute quelconque, L. 23, ff. *de Regul. juris;* parce qu'il doit s'imputer de s'être mêlé des affaires d'autrui, et que d'ailleurs il a fallu donner le plus de garantie possible aux propriétaires qui ne sont point présents pour prendre soin eux-mêmes de leurs affaires. Selon d'autres interprètes, le gérant ne répond que de la grande faute et de la faute légère (2), mais estimée dans le sens con-

(1) Code de Hollande, art. 1744.

(2) L. 11, ff. *de Negotiis gestis.*

cret ou dans le sens abstrait, selon l'intérêt de la personne dont les affaires ont été gérées. Et, suivant Pothier (1), la question doit être décidée d'après les circonstances de la cause; en sorte que le gérant doit répondre de ses fautes même très-légères, si, en prenant l'administration des biens de l'absent, il a par là empêché qu'un autre plus diligent que lui, et qui s'offrait, se soit chargé de la gestion. Dans le cas contraire, il ne doit répondre que de ses fautes légères. Et même d'après la loi 3, § 9, ff. *de Negotiis gestis*, le gérant n'est responsable que de son dol, lorsque les biens de l'absent étaient abandonnés, et qu'il n'en a pris l'administration que par pure humanité : ce qui doit toutefois s'entendre aussi en ce sens, que le gérant est tenu de sa faute lourde, qui équipolle presque toujours au dol (en ce qui concerne les dommages-intérêts). L. 220, ff. *de Verb. signif.*

415. Lorsque la partie, qui, d'après la nature de l'affaire, n'aurait été responsable que de telle faute, promet d'apporter une diligence plus exacte, elle répond aussi d'une faute moins grave que celle dont elle aurait été tenue de droit commun. L. 23, ff. *de Regul. juris*. L'art. 1928, n° 4, nous en fournit un exemple fort clair, et le § 3 aux Institutes, tit. *de Emptione et venditione*, nous en fournit un autre. En effet, si le vendeur, qui, d'après les principes exposés ci-dessus, ne répond que de la faute légère, et non de la faute très-légère, prend sur lui *custodiam rei*, il répond, non pas de la force majeure, mais de ses fautes même très-légères, qui auraient amené la perte ou le vol de la chose; parce qu'autrement cette clause n'aurait aucun effet, le vendeur étant tenu, par la nature même du contrat, de la faute légère. Or l'on doit entendre une clause dans un sens suivant lequel elle peut produire un effet, plutôt que dans un sens suivant lequel elle n'en produirait aucun (2). (Art. 1157) (3).

416. Au surplus, l'appréciation des fautes est un point laissé à la sagesse du juge; mais, dans l'insuffisance des dispositions du Code sur cette matière délicate, qui a donné lieu à tant de controverses parmi les auteurs, les règles que nous venons d'exposer peuvent, dans la plupart des cas, servir de guide aux tribunaux, lorsque surtout la loi sera muette ou très-obscure sur celui qui leur serait soumis.

§ II.

De l'effet de l'obligation de donner par rapport au créancier.

SOMMAIRE.

417. *Dispositions de l'art.* 1138.
418. *En quoi elles sont conformes à l'ancien droit.*
419. *Comment l'une de ces dispositions doit être entendue.*
420. *Vice de rédaction de cet article, et comment il doit s'interpréter.*
421. *Dans les promesses pures et simples de corps certains, les cas fortuits sont à la charge du débiteur non mis en demeure.*
422. *Même en ce sens qu'il doit le prix promis; controverse élevée à ce sujet parmi les jurisconsultes.*
423. *D'après le Code, le créancier d'un corps certain en devient propriétaire par le fait seul du contrat, à la différence des principes du droit romain; développements.*
424. *Suite des développements de ces principes.*
425. *Conséquences de ces mêmes principes.*
426. *L'ancienne jurisprudence française les avait généralement adoptés.*
427. *Système de la loi du* 11 *brumaire an* VII, *sur la nécessité de la transcription pour déterminer la propriété des immeubles à l'égard des tiers, et système du Code relativement aux donations de biens susceptibles d'hypothèque.*
428. *La question de savoir si l'on a ou non entendu conserver le système de brumaire n'est point formellement décidée au titre* des Contrats ou des obligations conventionnelles en général, *ni au titre* de la Vente.
429. *Mais l'ensemble des dispositions du Code porte à décider que, dans les actes à titre onéreux, la transcription n'est plus nécessaire pour déterminer le droit de propriété : il est déterminé par l'antériorité du titre même sous seing privé, pourvu qu'il ait date certaine.*
430. *Effets généraux de la transcription dans les actes à titre onéreux.*

(1) *Ad Pandectas*, tit. *de Negotiis gestis*, n° 51, note.
(2) *Voyez* Vinnius sur ce § 3, Instit. *de Emptione et venditione*, et sur le § 3, *Quibus modis oblig. re contrah.*
(3) Code de Hollande, art. 1380.

431. *Disposition de l'art. 1141 relativement aux meubles.*
432. *Dans les obligations de sommes ou de choses qui consistent* in genere, *c'est le payement qui confère la propriété.*
433. *Quand je me porte fort pour un tiers qu'il vous vendra et livrera sa maison, la propriété ne vous est transférée que par la ratification du tiers, et la chose n'est à vos risques qu'à partir de cette ratification.*
434. *Le créancier peut-il demander la nullité du contrat, même avant tout trouble ou éviction, s'il prouve qu'on lui a vendu ou promis la chose d'autrui?*
435. *En droit romain, dans les stipulations de donner, le débiteur devait conférer la propriété au créancier; il en était de même en matière d'échange.*
436. *Effets du contrat de vente suivant les principes de cette législation, et de notre ancienne jurisprudence.*
437. *Changements apportés par le Code civil en matière de vente.*
438. *Jurisprudence conforme à ces mêmes changements.*
439. *Si, avant de demander la nullité du contrat, le danger de l'éviction a cessé pour l'acheteur, celui-ci n'a plus d'action en nullité sur le seul motif qu'on lui a vendu une chose qui était alors à autrui.*
440. *Application de cette décision aux cas de vente de choses mobilières.*

417. L'article 1138 (1) contient trois dispositions importantes, qui méritent d'être analysées chacune en particulier.

Il porte que « l'obligation de livrer la chose « est parfaite par le seul consentement des par- « ties contractantes ;

« Qu'elle rend le créancier propriétaire ;

« Et qu'elle met la chose à ses riques dès l'in- « stant où elle a dû être livrée, encore que la « tradition n'en ait point été faite, à moins que « le débiteur ne soit en demeure de la livrer, « auquel cas la chose reste aux risques de ce « dernier. »

418. Sur le premier et le dernier point, le Code n'a apporté aucun changement à l'ancien droit; car aussi, dans les anciens principes, l'obligation de livrer la chose était parfaite, dans les ventes et dans les donations (2), par le seul consentement des parties contractantes ; et le débiteur d'un corps certain était libéré par la perte de cet objet arrivée sans sa faute et avant qu'il fût en demeure de le livrer. Mais sur le second point, le Code a introduit une innovation importante, dont nous allons développer les conséquences.

419. Toutefois, quand cet article dit que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, il n'entend pas dire par là que, dans toute espèce de convention de livrer une chose, le consentement des parties suffit pour rendre l'obligation parfaite, de quelque manière qu'il ait été exprimé; il exige aussi, pour cela, que le consentement soit manifesté suivant la manière prescrite par le Code pour les différents contrats. Ainsi, les actes portant donation et les conventions de mariage devant être passés devant notaires, dans la forme ordinaire des actes authentiques (articles 931 et 1394) (3), il est clair que le consentement qui n'aurait été donné, dans ces sortes de conventions, que par actes sous signature privée, ne produirait point d'obligation valable.

420. Et quand ce même article ajoute que la chose est aux risques du créancier *dès l'instant où elle a dû être livrée*, il s'exprime d'une manière équivoque ; car ces mots disent tout aussi bien que les risques sont à la charge du créancier seulement à partir du moment où la livraison a dû lui être faite, qu'ils n'expriment que les risques sont pour lui dès l'instant où a commencé, pour le débiteur, l'obligation de livrer la chose, n'importe l'époque où la livraison a dû avoir lieu d'après la convention. C'est cependant dans ce dernier sens que ces expressions doivent être entendues ; car lorsque l'époque de la délivrance

(1) Code de Hollande, art. 1273.

(2) Et nous pouvons ajouter, *dans les échanges*, en droit français. En d'autres termes, la convention d'échange est obligatoire comme la convention de vente, quoiqu'il n'y ait eu encore aucune tradition de part ni d'autre ; à la différence du droit romain, où la convention d'échange, *dabo rem meam, ut des mihi rem tuam*, n'eût été qu'un simple pacte, non obligatoire tant qu'il n'y aurait pas eu d'exécution de la part de l'une des parties. L. 1, ff. *de Rerum permut.*

(3) Code de Hollande, art. 1719 et 1724.

est arrivée, les risques, précisément, sont à la charge du débiteur, s'il est en demeure de délivrer la chose. C'est d'ailleurs ce que dit formellement la fin de l'article lui-même. Le terme qui a été pris pour la délivrance n'empêche pas que la chose ne soit due dès le contrat, si l'obligation n'est point sous une condition suspensive, puisque le terme ne suspend pas l'obligation ; il en retarde seulement l'exécution ; et en cela il diffère essentiellement de la condition suspensive (article 1185) (1). La chose a donc dû être livrée dès l'instant où le contrat a été parfait par le consentement des parties contractantes, n'importe le terme pris pour faire cette délivrance, et par conséquent c'est à partir de cet instant même qu'elle a été aux risques du créancier. Au lieu que dans le cas d'une vente ou promesse sous une condition suspensive, comme la condition, tant qu'elle n'est pas accomplie, suspend les effets de l'engagement, la chose n'est réellement due qu'à partir de l'événement de la condition ; et si elle périt auparavant, elle périt pour le débiteur, et non pour le créancier (article 1182) (2), quand bien même la condition vient ensuite à s'accomplir, et quoique la condition accomplie ait un effet rétroactif au jour du contrat (article 1179) (3), car elle s'accomplit vainement dès qu'il n'y a plus d'objet qui soit la matière de ce contrat au moment où elle se réalise.

421. Ce n'est pas, au surplus, parce que le créancier, dans les ventes ou promesses pures et simples, est propriétaire de la chose par le seul fait de consentement, que cette chose est à ses risques dès que le contrat est parfait, et tant que le débiteur n'est pas en demeure de la délivrer. Si elle périt pour lui, c'est parce que tout débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la perte de ce corps, pourvu qu'elle soit arrivée sans sa faute et avant d'être en demeure d'en faire la délivrance : *Omnes debitores rei certæ, interitu rei liberantur.* L'article 1302 (4) veut même que le débiteur soit pareillement libéré, encore que la chose qui a péri par cas fortuit ait péri depuis la mise en demeure, si elle eût dû également périr chez le créancier dans le cas où elle lui aurait été livrée.

Dans l'ancien droit, l'acheteur n'était pas propriétaire par le fait seul du contrat d'achat ; il eût fallu pour cela une tradition quelconque de la chose vendue (5) (et que le vendeur en fût propriétaire et capable de l'aliéner) ; cependant, si la chose périssait par cas fortuit avant que le vendeur fût en demeure de la délivrer, la perte était supportée par l'acheteur, qui n'en était pas moins obligé, suivant le § 3 aux Instit. *de Empt. et vendit.*, de payer le prix convenu. Ainsi, la règle *Res perit domino* n'était point applicable aux cas d'une chose promise par contrat ; on appliquait, au contraire, la maxime *Omnes debitores rei certæ, interitu rei liberantur.* Aujourd'hui que la propriété est transférée par le seul effet du consentement, c'est une raison de plus pour que la perte de la chose, arrivée par cas fortuit et avant la mise en demeure du débiteur, soit supportée par le créancier : l'une et l'autre règle le veulent maintenant ainsi.

Il faut toutefois excepter le cas où le débiteur aurait pris sur lui les risques (art. 1302), ainsi qu'il l'a pu valablement, puisqu'il n'y a rien dans une telle clause qui soit contraire à l'essence des conventions ; comme, *vice versa*, dans la vente faite sous une condition suspensive, l'acheteur peut prendre sur lui les cas fortuits pendant que la condition sera en suspens. La L. 10, ff. *de Periculo et commodo rei venditæ*, en contient la disposition expresse. Les parties se sont ainsi fait une loi qu'elles doivent observer, puisqu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public (art. 1134) (6). Elles ont traité en conséquence.

422. Mais dans les ventes pures et simples, ou autres contrats intéressés de l'une et l'autre part, et dans lesquels on promet de donner une chose, la perte de cette chose, arrivée par cas fortuit et avant que le débiteur soit en demeure, est-elle supportée par le créancier, même en ce sens qu'il doive payer le prix convenu, conformément au § 3 aux Instit. *de Emptione et venditione?* ou bien seulement en ce sens qu'il n'a

(1) Code de Hollande, art. 1304.
(2) Ibid., art. 1300.
(3) Ibid., art. 1297.
(4) Ibid., art. 1480.

(5) Sauf toutefois ce que nous allons dire en expliquant le second point.
(6) Code de Hollande, art. 1374.

pas de dommages-intérêts à prétendre pour défaut de livraison, mais sans devoir le prix, conformément aussi à la loi 33, ff. *Locati?*

Cette question, qui a donné matière à controverse, n'est pas textuellement décidée par le Code, même par l'art. 1624 (1), quoiqu'on doive cependant, d'après la combinaison de ses diverses dispositions, la décider dans le premier sens, ainsi que nous allons le démontrer.

Le § 3 aux Institutes, *de Emptione et venditione* (2) est, disons-nous, formel sur ce point; et Domat (3) et Pothier (4), ainsi que presque tous les auteurs, mettent aussi la perte de la chose à la charge de l'acheteur, en ce sens qu'il n'en doit pas moins payer le prix convenu, s'il ne l'a déjà fait. Mais Puffendorff et Barbeyrac ont soutenu que, bien que le vendeur ne fût pas en faute, néanmoins il n'était pas conforme aux principes de l'équité qu'il pût réclamer le prix d'une chose qu'il ne livrait pas, ou même retenir ce prix s'il lui avait déjà été payé. Ils disaient que l'acheteur ne s'est obligé à le payer qu'autant qu'on lui livrerait la chose; que c'était la condition de son engagement, et que l'acheteur qui ne livre pas, n'importe pour quel motif, réclame ou retient le prix *sine causa*. Enfin ils ajoutaient que le vendeur est propriétaire de la chose jusqu'à la délivrance, et qu'il est de principe que la chose périt pour le propriétaire : *Res perit domino*.

Cette dernière raison n'était pas concluante; car, ainsi que nous venons de le dire, la maxime *Res perit domino* ne s'appliquait point au cas où celui qui était propriétaire de la chose en était en même temps débiteur, et devait la délivrer à une autre personne en vertu d'un contrat ou d'une obligation quelconque, comme dans le cas de vente; parce qu'alors la qualité de débiteur détruisait en très-grande partie les effets du droit de propriété, tels que les accroissements, pour n'en laisser subsister pour ainsi dire que le nom. Dans ce cas, c'était la maxime *Omnes debitores rei certæ, interitu rei liberantur*, qui régissait la cause. Chacune des parties perdait le droit qu'elle avait sur la chose : l'une son droit de propriété, l'autre son droit de créance. Ce raisonnement de Puffendorff et de Barbeyrac n'aurait d'ailleurs aucune force sous le Code, où, dans les obligations de corps certains, la propriété, en principe, est transférée par le seul effet du consentement; il serait même contraire à la décision de ces auteurs.

Quant à l'argument que l'acheteur ne s'est obligé à payer le prix qu'autant qu'on lui donnerait la chose, Pothier nie la conséquence; et, contre sa coutume, il répond à ce raisonnement par une subtilité : il dit que le vendeur ne s'est point obligé à *donner* (5) la chose à l'acheteur, mais à la lui faire avoir, et qu'il suffit qu'il n'ait pas manqué à son obligation, pour que celle de l'acheteur ait une cause et subsiste. On sent que c'est ainsi décider la question par la question, puisque l'acheteur soutient qu'il n'a entendu s'obliger à payer le prix qu'autant qu'on lui *livrerait* la chose, et qu'on la lui garantirait, ce qu'on ne fait pas, n'importe la cause pour laquelle elle ne lui est pas livrée. Aussi Pothier, sentant combien sa réponse à ce raisonnement de Puffendorff était faible, avoue que *la question a sa difficulté*, et il dit même qu'il semble que les jurisconsultes romains n'ont pas été d'accord sur ce point.

En effet, suivant Africain, dans la loi 33, *princip.* ff. *Locati*, précitée, si le fisc s'est emparé du fonds que je vous avais vendu, et avant que je vous l'eusse livré, je ne suis, à la vérité, tenu envers vous à aucuns dommages-intérêts, mais je ne puis réclamer le prix de la vente; et si je l'avais reçu, je devrais le restituer. Ce texte, ajoute Pothier, a paru si formel à Cujas, que, nonobstant la décision d'autres textes tout à fait opposés, le sentiment général, et ce qu'il avait écrit lui même sur la loi 34, ff. *de Contrah. empt.*, il a soutenu que la chose n'était point aux risques de l'acheteur en ce qui touche le prix.

Nous pensons cependant que la perte de la chose promise, arrivée par cas purement fortuit et avant que le débiteur fût en demeure de la

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) *Voyez* aussi la L. 8, *princip.* et la L. 11, ff. *de Periculo et commodo rei venditæ*, qui sont en ce sens.

(3) Lois civiles, *des Conventions*, liv. I, tit. I, sect 3, n° 10.

(4) *Contrat de vente*, n° 307.

(5) Pothier veut dire par là que le vendeur n'est point obligé à rendre l'acheteur propriétaire de la chose vendue, parce que son obligation n'est point de *dare*, *id est accipientis facere* (§ 14, Instit. *de Actionib.*), mais de livrer et de garantir. Nous allons au surplus examiner si les principes du Code n'ont pas apporté un changement à la décision de Pothier sur ce point particulier.

délivrer, doit être supportée par le créancier, même en ce qui concerne le prix, si le débiteur n'a pas pris sur lui les cas fortuits. Dans les contrats synallagmatiques, comme la vente, chacune des parties a des obligations à remplir : le vendeur, celles de livrer et de garantir la chose vendue (art. 1603); l'acheteur celle d'en payer le prix (art. 1650). Chacune de ces obligations s'exécute ou s'éteint d'après les manières établies par la loi; mais l'extinction de l'une n'emporte point celle de l'autre. Or, selon l'art. 1302, l'obligation du vendeur, de livrer le corps certain qu'il a vendu, s'éteint par la perte de cet objet, pourvu qu'elle soit arrivée sans sa faute, par cas purement fortuit, et avant qu'il fût en demeure de la délivrer. Ainsi le vendeur est dégagé de son obligation par cet événement, comme s'il avait réellement livré la chose. L'acheteur doit donc remplir la sienne à son tour, ou justifier qu'elle est éteinte aussi de l'une des manières établies par la loi : or, la loi n'a établi l'extinction des obligations par la perte arrivée par cas fortuit, que dans les obligations de corps certains, et non dans celles de sommes ou de quantités, telle qu'est celle d'un acheteur, parce qu'en effet la perte par cas fortuit ne peut avoir lieu dans ces sortes d'obligations. Ne pouvant invoquer en sa faveur aucun moyen de libération (tandis que le vendeur en a un dans la disposition de la loi), l'acheteur doit donc payer le prix, puisqu'il s'est obligé à le payer.

Si, au lieu de périr ou de subir de grandes détériorations par cas fortuits, la chose eût au contraire reçu, depuis la vente, de grandes augmentations, par alluvion ou autre cause, ou eût acquis une très-grande valeur par l'effet de quelque circonstance particulière, comme un changement de route, le bénéfice résultant de ces événements appartiendrait incontestablement à l'acheteur ou autre créancier de la chose; or la raison et le droit veulent par cela même qu'il supporte les pertes, s'il y a perte : *Quem sequuntur commoda, eumdem debent sequi incommoda.*

Enfin, si le débiteur de la chose qui a péri par cas fortuit n'avait pas le droit de réclamer le prix qui lui a été promis, il ne serait pas vrai de dire, comme le dit cependant formellement notre article 1138, qu'elle était aux risques du créancier depuis l'instant où elle a dû lui être livrée, c'est-à-dire à partir du contrat; car, au contraire, elle eût réellement été aux risques du débiteur, puisqu'il n'aurait rien, ni la chose ni le prix. Ainsi, nous croyons que ce texte, bien interprété, tranche la question en faveur du vendeur, ou de tout autre débiteur d'un corps certain et déterminé.

425. Une des plus importantes innovations que le Code ait apportées au droit ancien, est sans contredit la disposition suivant laquelle la propriété est transférée par l'effet des obligations, sans qu'il soit besoin d'aucune tradition (1). Au lieu que, dans le droit romain, suivi en ce point, comme en tant d'autres, dans notre ancienne jurisprudence, la propriété des choses n'était généralement transférée d'une personne à une autre, dans les actes entre-vifs, qu'au moyen d'une tradition ou livraison de la chose promise. L'achat et la stipulation étaient bien des *titres* ou des causes propres à faire acquérir la propriété, au moyen de la tradition de la chose, si le vendeur ou débiteur était propriétaire de l'objet, et capable de l'aliéner; mais c'était la tradition elle-même qui conférait réellement la propriété, qui était *modus acquirendi dominii*, et produisait en conséquence le droit en la chose, *jus in re*, l'action réelle; tandis que les conventions ne produisaient que l'action personnelle. L. 50, ff. *de Rei vindicat.*, et L. 3 ff. *de Oblig. et act.*

Comme, d'après le droit naturel, on n'acquiert la propriété des biens que par l'occupation ou la possession, parce qu'on ne peut en effet jouir et disposer des choses qu'autant qu'on les possède, qu'on les a actuellement dans sa puissance, les jurisconsultes romains, partant de cette idée vraie, pensaient que le droit de propriété ne pouvait être dans la main de celui qui n'avait pas encore la chose, de celui à qui elle n'avait été que simplement promise, et qu'ainsi il n'était pas de la nature des obligations de conférer la propriété, mais seulement de produire des actions personnelles : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem*

(1) Nous avons déjà eu occasion de signaler cet important changement, en traitant du *droit réel* et du simple *droit personnel*, tome IV, nos 225 et suivants; mais il est utile de rappeler ici l'ancienne doctrine sur ce point, et de développer les conséquences de la nouvelle.

nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum. L. 3 *princip.* ff. *de Obligat. et act.* précitée.

De là cette règle générale : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.* L. 20, *Cod. de Pactis.*

On l'appliquait aussi, cette règle, comme nous l'avons précédemment démontré (1), et comme le dit d'ailleurs clairement la loi 3 ci-dessus, aux droits de servitudes affirmatives, d'usufruit ou d'usage : le droit réel ne résultait pas de la seule convention ; il fallait une espèce de tradition, qui s'opérait par l'usage de la chose de la part de celui à qui la servitude ou l'usufruit avait été concédé, et du consentement du propriétaire de l'objet, *usu et patientia.*

Vinnius (2) enseigne même que le droit de propriété ne résultait pas du seul effet de la convention, quand bien même les parties auraient exprimé leur volonté à cet égard dans le contrat; parce qu'on ne peut, dit-il, d'après le droit naturel ou des gens, être propriétaire que des choses dont on a la possession et la disposition réelle, ce qui ne peut se dire d'une manière vraie, et sans les fictions du droit civil, des choses que l'on ne détient point, mais qu'un autre au contraire possède (3).

A la vérité, Grotius (4) diffère en ce point particulier du sentiment de Vinnius, en considérant la question sous le rapport du droit naturel ou des gens. Il prétend que, selon les principes de ce droit, la seule volonté du maître de la chose suffit pour en transférer la propriété à une autre personne, et qu'il en est autrement d'après le droit civil, qui exige en outre pour cela une délivrance ou tradition, on l'a ainsi établi pour la sûreté de la propriété elle-même, et pour prévenir des aliénations téméraires ou irréfléchies, mais que, comme beaucoup de peuples ont adopté ce principe, on en a conclu, toutefois à tort, que c'était un principe du droit naturel ou des gens (5).

424. Cependant, le principe que la propriété n'est transférée, dans les actes entre-vifs, que par la tradition, souffrait diverses modifications, même selon les lois romaines ; et, sous ce rapport, non-seulement l'opinion de Vinnius est trop absolue quand il dit que la volonté du propriétaire ne suffit pas, *sine traditione*, pour conférer la propriété à une autre personne ; mais encore Grotius lui-même a trop accordé, lorsqu'il est convenu que cela est vrai en droit civil, car les traditions que Vinnius appelle traditions feintes, ne sont rien autre chose que la volonté du propriétaire de conférer son droit de propriété à une autre personne.

Ainsi, la propriété était effectivement transférée par la seule volonté du propriétaire dans le cas du § *interdum*, 43, aux Instit. *de Rerum divisione*, où le maître d'un objet, qui l'a vendu ou promis à celui qui en était déjà détenteur comme dépositaire, emprunteur ou locataire, a voulu l'en rendre propriétaire. Dans ce cas, la tradition était toute faite ; il y avait restitution et tradition supposées, ou compensation de traditions, ce que les auteurs ont appelé *traditio brevis manus.* On s'épargnait ainsi, d'une part, une restitution, et, d'autre part, une tradition inutile. Mais il fallait encore, pour que la propriété fût ainsi transférée, que telle eût été la volonté des parties.

De même, si je vous avais vendu ou donné un objet, en m'en réservant l'usufruit, ou en le prenant à loyer, la propriété pouvait vous être conférée par le seul effet de ma volonté ; c'est ce que les interprètes du droit romain appellent *constitutum possessorium* (6).

Dans les jugements de partage, les choses adjugées à chacun des copartageants lui apparte-

(1) *Voyez* tome IV, n° 490, et tome V, n° 472.

(2) Sur le § 40, aux Instit. *de Rerum divis.*

(3) Il s'appuie sur les lois 20, Cod. *de Pactis*; 50, ff. *de Rei vend.*; *penult.* Cod. *eodem tit.*; et 6, Cod. *de Hered. vel action. vend.*

(4) *De jure belli et pacis*, II, cap. 6 et 8.

(5) M. Toullier, tome IV, n° 60 (note), dit, comme Grotius, que rien n'est plus conforme au droit naturel, qu'un propriétaire puisse transmettre à un autre son droit de propriété par le seul fait de son consentement, sans qu'il soit besoin de tradition ; et il ajoute que les Romains eux-mêmes avaient reconnu ce principe, ce qui est vrai ; mais pour le prouver, ce jurisconsulte cite le § 3 de la loi 9, ff. *de Acquir. rer. dom.*, qui statue au contraire précisément sur le cas où il y a eu tradition: *Hæc quoque res,* QUÆ TRADITIONE *nostræ fiunt jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi*; et M. Toullier ne rapporte que la dernière partie de ce texte.

(6) *Voyez* les lois 28 et 35, § 5, Cod. *de Donat.* L. 77, ff. *de Rei vind.* *Voyez* aussi la L. 18, ff. *de Acquirenda vel amitt. possess.*

naient par le fait seul du jugement, sans qu'il fût besoin non plus d'aucune tradition. § *fin.* Instit. *de Officio judicis.* Toutefois ces actes de partage étaient du droit civil, et non du droit des gens.

Mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est que, même dans les cas ci-dessus, le contrat de vente ou la donation ne vous aurait pas rendu propriétaire ; il fallait en outre pour cela ma volonté particulière, et que la vôtre concourût. L. 48, ff. *de acquir. vel amit. poss.* et L. 1, § 2, ff. *de Peric. et comm. rei venditæ.*

Néanmoins, dans les sociétés de tous biens, la communauté s'établissait par le seul fait du contrat de société : *Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.* LL. 1 et 2, ff. *pro Socio.*

Et c'était aussi par l'effet du droit civil que, dans les legs faits *per vindicationem,* le légataire devenait propriétaire dès l'ouverture du legs, sans qu'il fût besoin de tradition. Le legs lui passait *recta via* (1); et depuis la constitution de Justinien (2), qui a supprimé la plupart des différences qui existaient entre les diverses manières de léguer, le légataire avait aussi la revendication dans les legs même faits *per damnationem,* pourvu que le legs fût d'un corps certain appartenant au testateur. Aussi, on range les legs, les fidéicommis en général, les donations à cause de mort, et les institutions d'héritier, parmi les manières d'acquérir la propriété, mais en vertu du droit civil.

425. La première et la plus importante des conséquences que l'on tirait du principe que la propriété n'était point transférée par le seul effet des contrats de vente, ou autres actes entre-vifs, c'est que si le vendeur ou donateur, même d'un immeuble, eût, avant toute tradition quelconque de la chose, vendu ou donné et livré cette même chose à une autre personne, au mépris du premier contrat, c'était en faveur du second acheteur ou donataire qu'eût été décidée la question de propriété, parce qu'il aurait reçu la chose de celui qui en était encore propriétaire, sauf au premier acheteur ou donataire son action en dommages-intérêts. C'est ce que décide, de la manière la plus formelle, la célèbre loi *Quoties*, 15, Cod. *de Rei vindicatione.*

Ainsi encore, les créanciers du vendeur pouvaient saisir et faire vendre la chose vendue avant qu'elle eût été livrée, quand même l'acheteur en avait payé le prix; et l'acheteur n'avait qu'une action personnelle contre son vendeur, sans aucun privilége sur la chose achetée.

Par conséquent aussi, l'acheteur à qui la tradition n'avait point encore été faite n'avait pas l'action en revendication contre le vendeur, ni contre tout autre, si la chose avait passé dans la main d'un tiers. L. 50, ff. *de Rei vindic.*

426. Ces effets étaient généralement les mêmes dans notre ancienne jurisprudence. Dans certains pays, ce n'était même que par des actes de *dévestissement* que la propriété des immeubles passait du vendeur à l'acheteur ; et dans les donations, c'était par l'insinuation de l'acte qu'elle était transférée au donataire.

427. D'après la loi du 11 brumaire an VII, sur le *régime hypothécaire,* la question de propriété des immeubles ne se décidait pas, entre deux acheteurs ou autres acquéreurs qui avaient traité avec le même propriétaire successivement (3), par l'antériorité du titre de l'un deux ; elle se décidait uniquement par la priorité de la transcription de ce titre sur les registres tenus à cet effet. La possession réelle en laquelle aurait même été celui qui avait le titre le plus ancien, mais dont la transcription eût été postérieure à celle du titre de l'autre, ne l'aurait pas protégé. Cette transcription avait remplacé la tradition et les actes de dévestissement, dans les pays où ils étaient en usage.

Et, tout en disant que le donataire devient propriétaire des objets donnés par le fait seul de la donation dûment acceptée, et sans qu'il soit besoin d'autre tradition (art. 938) (4), le Code civil néanmoins exige aussi, par rapport aux tiers,

(1) En admettant toutefois que l'héritier institué acceptât la succession. L. 17, ff. *Si quis omissa causa testam.*

(2) Loi 1, Cod. *Communia de legat. vel fidei.*

(3) Car si l'un eût acheté l'immeuble du véritable maître, et l'autre *à non domino*, il est bien certain que le premier eût pu revendiquer contre le second, quand même celui-ci eût fait transcrire son titre et que l'autre n'eût même pas fait transcrire le sien, et quand même il eût eu un titre antérieur ; si toutefois il n'eût pu opposer la prescription.

(4) Code de Hollande, art. 1723.

la transcription de l'acte pour les biens susceptibles d'hypothèque (art. 939) (1), ainsi que l'exigeait la loi de brumaire. En sorte que le défaut de transcription de la donation peut être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui étaient chargées de la faire faire, ou leurs ayants cause et le donateur (2) (article 941) (3).

428. Bien plus, dans le titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général,* l'on n'a rien décidé de positif sur le point de savoir si la transcription serait ou non nécessaire pour déterminer le droit de propriété dans les actes à titre onéreux portant aliénation d'immeubles; car, si, d'une part, l'article 1138 (4) dit que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, et *rend le créancier propriétaire ;* d'autre part, l'article 1140, placé sous la même section, dit que les *effets* de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre *de la Vente* et au titre *des Priviléges et hypothèques.* Or, de quels effets a-t-on pu vouloir parler ici, si ce n'est des effets à l'égard des tiers, par conséquent de la translation de propriété par rapport à eux, puisqu'à l'égard des parties elles-mêmes tout était réglé par l'article 1138?

Personne n'ignore d'ailleurs la vive controverse qui s'est élevée au sujet du système de la transcription, dans la discussion des différentes lois qui y étaient relatives ; et ç'a été pour ne point préjuger cette importante question, que l'on a renvoyé, pour sa solution, au titre *de la Vente* et à celui *des Hypothèques.* Mais, arrivés au titre *de la Vente,* les auteurs du Code n'ont encore point décidé formellement la question. On pourrait cependant soutenir, jusqu'à un certain point, qu'ils l'ont implicitement décidée en faveur de la nécessité de la transcription, car l'article 1583(5) porte que « la vente est parfaite entre « les parties, et la propriété est acquise de droit « à l'acheteur *à l'égard du vendeur*, dès qu'on « est convenu de la chose et du prix, quoique la « chose n'ait pas encore été livrée ni le prix « payé ; » et cet article ne distingue point entre les meubles et les immeubles. Or, dira-t-on, si la propriété était acquise à l'acheteur d'une manière absolue, par rapport à tout le monde, par le fait seul du consentement des parties sur la chose et le prix, à quoi bon ces mots, *à l'égard du vendeur?* Ce n'est donc que par rapport à lui qu'elle est acquise à l'acheteur ; elle n'est donc point acquise à celui-ci par rapport aux tiers. Et comme à l'époque où cet article était ainsi rédigé et adopté, la loi de brumaire an VII était encore en vigueur, on peut conclure de là qu'il a été conçu de la sorte pour être en harmonie avec cette loi, relativement à la transcription ; aussi l'a-t-on prétendu, et même assez longtemps.

429. Cependant il est plus vrai de dire, d'après l'historique de la discussion sur ce point, que les rédacteurs de la loi *sur la Vente,* et ceux qui ont parlé sur cette loi, ont entendu renvoyer au titre *des Hypothèques* la solution de la question, et qu'ils n'ont point cru la préjuger par la rédaction de cet art. 1583 : ils ont même voulu éviter cela. Or, au titre *des Hypothèques,* il n'est mention de la transcription que comme moyen de purger les priviléges et les hypothèques qui couvrent les biens ; il n'en est point question comme moyen de fixer la propriété dans telle main plutôt que dans telle autre. Au contraire, l'art. 2182 (6), placé sous ce titre, porte que *le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue;* or, d'après l'art. 1583 lui-même, il n'en avait plus par le fait seul de la vente, puisqu'il avait transmis sa propriété à l'acheteur, conformément d'ailleurs à la disposition de l'art. 1138. Aussi est-il maintenant généralement reconnu, et telle est la jurisprudence actuelle, que la propriété, dans les actes à titre onéreux, est acquise de droit au créancier de la chose à l'égard de qui que ce soit, par le seul effet du contrat, sans qu'il soit besoin de tradition ni de transcription ; sous l'obligation toutefois de souffrir l'exercice des droits que des tiers pourraient avoir alors sur les biens, ou relativement à ces mêmes biens.

(1) Code de Hollande, art. 671.

(2) On peut voir ce que nous avons dit au sujet de la transcription des donations et des actes portant substitution, au t. VIII, chap. IV, sect. 4, § 2 ; et au tome IX, chap. VI, sect 2, § 1er.

(3) Code de Hollande, art. 671.

(4) Ibid., art. 1273.

(5) Ibid., art. 1494 et 1493.

(6) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

Il n'est même pas nécessaire pour cela que l'acquéreur à titre onéreux ait un acte authentique : un acte sous seing privé lui suffit ; seulement, pour pouvoir l'opposer aux tiers, il est besoin que cet acte ait acquis une date certaine par l'enregistrement, ou de l'une des autres manières exprimées à l'art. 1328 (1).

430. En un mot, la transcription, dans ces sortes d'actes, n'est aujourd'hui nécessaire que pour la purge des priviléges et des hypothèques, et, d'après l'art. 834 du Code de procédure, pour faire courir le délai de quinzaine pendant lequel ceux qui ont, du chef du précédent propriétaire, des hypothèques non inscrites, peuvent encore les inscrire, quoique l'immeuble ne soit plus dans la main de leur débiteur; droit qu'a introduit cet article, car le Code civil ne l'accordait pas. Elle est utile aussi au vendeur, en ce qu'elle vaut pour lui inscription du privilége. (Art. 2108) (2).

431. Quoique l'art. 1138 porte en principe que la propriété est transférée au créancier par le seul fait du contrat, et qu'il ne distingue point entre les choses mobilières et les choses immobilières, néanmoins il y a lieu, sous un rapport, à faire cette distinction.

En effet, d'après l'art. 1141 (3), si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle, est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que sa possession soit de bonne foi, c'est-à-dire, pourvu qu'il n'ait pas lui-même reçu la chose sachant qu'elle avait été vendue ou donnée à un autre.

Mais cette décision, favorable au possesseur, tient à un principe de notre droit français ; c'est qu'*en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279) (4) ; la sûreté du commerce le voulait ainsi. Du reste, la propriété n'était pas moins transférée au créancier à l'égard du débiteur, et, d'après cela, le premier avait le droit de faire saisir la chose chez le second, et de se la faire remettre comme sienne. Aussi faut-il, pour que le tiers qui la possède, et dont le titre est postérieur au sien, soit préféré, qu'il ait reçu la chose de bonne foi et qu'il ait une possession réelle. Quant à la bonne foi, elle est toujours présumée jusqu'à preuve du contraire (art. 2268) (5) ; mais pour la possession réelle, ce serait à celui qui l'invoquerait en sa faveur à prouver qu'il l'a effectivement : c'est la condition de la préférence qui lui est accordée. On devrait toutefois regarder comme possession réelle dans le sens de l'art. 1141, la possession d'un acheteur d'objets mobiliers à qui les clefs de l'appartement ou du local qui les contient ont été remises, et qui les a encore; car il a dû regarder la remise de ces clefs comme une tradition suffisante (art. 1606); il a par cela même la possession réelle, puisqu'il peut enlever les objets sans une nouvelle volonté du vendeur. Peu importe que cet art. 1606 distingue la tradition dont il s'agit, de la tradition réelle : l'art. 141 parle, non de la tradition réelle, mais de la possession réelle; en sorte que le dépositaire, par exemple, à qui la chose a été vendue ou donnée depuis qu'elle aurait été vendue ou donnée à une autre personne, serait incontestablement préféré, quoiqu'il ne lui ait pas été fait une tradition *réelle* en exécution du contrat fait avec lui depuis celui de dépôt.

432. Dans les obligations de sommes, ou de quantités, ou de choses qui consistent *tantum in genere*, comme un cheval sans désignation, ce sera le payement qui conférera réellement la propriété au créancier. C'est à ces cas principalement qu'il faut appliquer ce que dit l'art. 1238 (6), que, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement. Car il est évident que dans le payement d'un immeuble déterminé, par exemple, celui qui le livre n'en est plus propriétaire, puisqu'il a cessé de l'être par l'effet du contrat. Aussi, dans ce cas, la délivrance n'est-elle qu'une simple affaire d'exécution : elle n'a point pour objet, comme dans les anciens principes, de conférer la propriété au créancier, qui est aujourd'hui *propriétaire* plutôt que créancier.

(1) Code de Hollande, art. 1917.
(2) Ibid., art. 1227.
(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(4) Code de Hollande, art. 2014.
(5) Ibid., art. 2002.
(6) Ibid., art. 1420.

433. Dans le cas aussi où je me porte fort que Paul vous vendra et vous livrera sa maison, moyennant tel prix, il est clair que la propriété de la maison ne peut pas être conférée par le seul effet de notre consentement : elle ne le sera que du moment où Paul aura ratifié mon engagement. Aussi, dans cette espèce, l'objet n'est-il point à vos risques à partir de notre traité ; il ne le sera qu'à partir du consentement de Paul. On doit assimiler ce cas à celui d'une promesse conditionnelle, dans laquelle la chose est aux risques du débiteur tant que la condition est en suspens (art. 1182) (1) ; vînt-elle ensuite à s'accomplir, et nonobstant l'effet rétroactif attaché aux conditions suspensives, lorsqu'elles sont accomplies. (Art. 1179) (2).

434. Maintenant, il importe d'examiner sous un autre rapport quel est l'effet de l'obligation de donner ou de livrer un corps certain, dans les ventes ou autres actes à titre onéreux.

Le créancier a-t-il le droit de prétendre que la propriété doit lui être conférée ; en conséquence, dans le cas où il établirait que la chose qui lui a été livrée, ou qui doit lui être livrée, est la chose d'aujourd'hui, peut-il demander la résiliation du contrat, avec dépens, frais et dommages-intérêts, s'il y a lieu, quoiqu'il n'ait pas été évincé, et qu'il ne soit même pas encore troublé dans sa possession ou jouissance ?

Sur cette importante question, comme sur les précédentes, il est utile de rappeler les anciens principes : nous le ferons le plus succinctement qu'il nous sera possible.

435. Dans le droit romain, celui qui s'obligeait par stipulation à donner une chose devait en conférer la propriété au créancier (3) ; en sorte que s'il n'en était pas propriétaire, le payement qu'il avait fait n'était pas valable (4), et le créancier, avant même d'être troublé, pouvait agir contre lui. En un mot, l'obligation de *donner* emportait celle de rendre le créancier propriétaire : *Dare est rem accipientis facere*. § *sic itaque*, 14, Instit. *de Actionib.*

Voilà pourquoi, dans les permutations ou échanges, si l'une des parties avait livré une chose qui ne lui appartenait pas, l'autre n'était point tenue de livrer la sienne, ou, si elle l'avait livrée, elle pouvait en demander la restitution, *Quia alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*. L. 1, §§ 3 et 4, ff. *de Rerum permut.* L'art. 1704 (5) du Code porte la même décision.

Dans les donations, comme la garantie, en général, n'était pas même due, il est clair que le donateur n'était point obligé de conférer la propriété ; et lorsqu'il s'était obligé à la garantie en cas d'éviction (6), ce n'était qu'autant que l'éviction avait eu effectivement lieu, que le donataire avait action contre lui.

436. Quant aux ventes, il n'y avait aucun doute que celle de la chose d'autrui ne fût valable : *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam est emptio et venditio.* L. 28, ff. *de Contrah. empt.*; et le vendeur, par la nature du contrat, et en l'absence de toute convention spéciale, n'était point, comme le débiteur par stipulation ou par échange, obligé de conférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue (7), quoique l'acheteur dût conférer au vendeur la propriété des deniers payés, sinon le payement n'était pas valable. L. 1, *princip.* ff. *de Rerum permut.* Le vendeur était seulement obligé, par la nature du contrat, de livrer la chose, et d'en faire jouir l'acheteur, en ce sens que si celui-ci était évincé, il lui devait la garantie, et s'il était troublé dans sa jouissance, par suite d'une action en revendication, ou par suite d'une action hypothécaire, il devait venir le défendre, si l'acheteur l'appelait à cet effet. C'était ce que les jurisconsultes rendaient par ces mots : *Præstare rem emptori et habere licere.*

Il lui devait aussi la garantie à raison de son dol : d'où l'on tirait la conséquence que celui qui avait vendu sciemment la chose d'autrui sans l'aveu du propriétaire, à quelqu'un qui ignorait que c'était la chose d'autrui, pouvait être poursuivi de suite par l'acheteur pour les dommages-intérêts ; à la différence du cas où le vendeur

(1) Code de Hollande, art. 1300.
(2) Ibid., art. 1297.
(3) *Vide* la L. 25, § 1, *in fine*, ff. *de Contrah. empt.*
(4) La possession constituait toutefois le créancier *in causa usucapiendi*, s'il était de bonne foi en recevant la choses.
(5) Code de Hollande, art. 1579.
(6) L. 2, Cod. *de Evict.*
(7) L. 25, ff. *de Contrah. empt.*, § 1, déja citée.

avait vendu de bonne foi une chose qui ne lui appartenait pas. L. 30, § 1, ff. *de Act. empti et venditi.*

Cette différence dans les effets, entre la stipulation de donner une chose et la vente, tenait probablement à la fréquence des ventes, qui auraient donné lieu à un grand nombre de procès si les acheteurs eussent pu recourir contre leurs vendeurs avant d'être évincés, ou même troublés, sous prétexte que le vendeur avait vendu la chose d'autrui.

Les principes du droit romain sur ces différents points étaient généralement suivis dans notre ancienne jurisprudence.

437. Mais le Code civil n'a-t-il pas apporté, en ce qui concerne l'obligation des vendeurs, des changements aux anciens principes? Le vendeur n'est-il pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire de la chose vendue, en sorte que, dans le cas où il ne l'était pas lui-même au moment de la vente, l'acheteur aurait le droit de demander la nullité du contrat, même avant tout trouble ou éviction, indépendamment de l'action en garantie que lui donne la loi dans le cas où il est évincé?

Et si le vendeur s'est arrangé avec le propriétaire, ou que l'acheteur ait acquis le moyen de prescription, l'action en nullité est-elle encore recevable?

Y a-t-il du moins une distinction à faire entre le cas où l'arrangement aurait eu lieu ou que la prescription serait acquise avant la demande en nullité du contrat, et le cas où ces événements se seraient opérés seulement depuis que la demande a été formée?

Enfin faut-il aussi, en général, distinguer entre les meubles, à l'égard desquels possession vaut titre, et les immeubles?

Le Code civil nous paraît, en effet, avoir dérogé aux anciens principes en matière de vente, en ce sens qu'il donne à l'acheteur la faculté de demander la nullité du contrat, avec toutes les conséquences de droit, si le vendeur lui a vendu la chose d'autrui comme sienne, sans l'aveu du propriétaire, et que l'acheteur établisse clairement que c'est la chose d'autrui, par exemple en produisant un acte par lequel le vendeur a vendu la même chose précédemment à une autre personne.

L'art. 1599 (1) porte que la vente de la chose d'autrui est nulle, et qu'elle peut donner lieu à des dommages-intérêts en faveur de l'acheteur, si celui-ci a ignoré que la chose était à autrui. Or si la vente est nulle, l'acheteur peut donc faire casser le contrat, et demander la restitution du prix, s'il l'a payé, ainsi que les dédommagements de droit. Et pour cela, il n'a pas besoin d'attendre qu'il soit évincé, ni même troublé dans sa jouissance, cas dans lesquels il y a lieu à l'action en garantie, qui est bien différente, dans sa cause, de celle en nullité.

De plus, l'art. 1138 fait positivement dériver de l'obligation de livrer une chose (2), la translation de la propriété au profit du créancier; or, celui-ci, en traitant, a dû compter sur cet effet du droit commun, et son attente ne doit pas être trompée. Il lui importe d'avoir la propriété plutôt que la simple espérance de l'acquérir un jour par le moyen de la prescription, en se reposant même sur son action en garantie en cas d'éviction. Car celui qui n'est pas assuré d'être propriétaire ne peut pas disposer de la chose avec les mêmes avantages que celui qui l'est; il doit craindre aussi les recours en garantie; on ne veut pas d'ailleurs traiter avec lui aux mêmes conditions qu'on le ferait si la propriété était certaine dans sa main, et lui-même n'ose pas se livrer à des améliorations, faire des constructions, etc., etc. L'acheteur est donc bien fondé à demander à sortir d'une situation inquiétante et pleine de désavantages, et, pour cela, il doit pouvoir faire résilier le contrat.

On peut, il est vrai, objecter la disposition de l'art. 1653 (3), ainsi conçu : « Si l'acheteur est « troublé ou a *juste sujet de craindre* d'être « troublé par une action, soit hypothécaire, soit « *en revendication,* il peut suspendre le paye- « ment du prix jusqu'à ce que le vendeur ait « fait cesser le trouble, *si mieux n'aime celui-ci* « *donner caution,* ou à moins qu'il n'ait été sti- « pulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur « payera. »

(1) Code de Hollande, art. 1507.

(2) Ce qui doit s'entendre, comme nous l'avons dit, de l'obligation de livrer une chose avec effet d'en rendre maître le créancier, et non pas seulement en vue de l'en faire jouir comme usufruitier, locataire, etc.

(3) Code de Hollande, art. 1552.

Or, dira-t-on, si l'acheteur qui a juste sujet de craindre d'être troublé par une action en revendication peut néanmoins être contraint à payer le prix, à la charge par le vendeur de lui fournir caution, c'est donc parce que le contrat n'est pas nul, quoiqu'on lui ait vendu la chose d'autrui; car si ce n'était pas la chose d'autrui, il n'aurait pas *juste sujet de craindre d'être troublé* par une action en revendication, ainsi que le suppose l'article.

Mais, pour en concilier la disposition avec celle des articles 1138 et 1599, il n'est pas besoin de dire qu'elle appartient plutôt à l'ancien droit qu'au Code; on la concilie parfaitement sans cela avec ces textes. En effet, dans le cas même où il serait établi que la chose est à autrui, il est bien possible que l'acheteur ne veuille pas user de la faculté de demander la nullité de la vente, nullité qui est toute dans son intérêt; et cependant il ne doit pas être tenu de payer le prix si le vendeur ne lui donne pas caution, ou si le contrat ne porte pas qu'il le payera nonobstant le trouble. En second lieu, le juste sujet de craindre d'être *troublé* par une action en revendication n'est pas toujours un juste sujet de craindre d'être *évincé;* aussi l'art. 1653 parle-t-il de la crainte d'être troublé, et non de la juste crainte d'être évincé. Il y a, en effet, une très-grande différence entre ces deux situations : il ne peut pas y avoir, il est vrai, juste sujet de craindre d'être *évincé,* si le vendeur n'a pas vendu la chose d'autrui; mais il peut y avoir juste sujet de craindre d'être *troublé* par une action en revendication, quoique la prétention du tiers soit incertaine, soit même tout à fait mal fondée : cela dépend des circonstances, qui varient à l'infini.

438. La jurisprudence paraît formée dans le sens de la nullité de la vente, lorsqu'il est établi par l'acheteur que le vendeur lui a vendu comme sienne la chose d'autrui sans l'aveu du propriétaire. Ainsi, dans un cas où un oncle, copropriétaire avec sa nièce pour les quatre cinquièmes d'un héritage, avait échangé cet héritage contre un autre, la cour de Lyon, par arrêt du 6 juillet 1808, a annulé le contrat d'échange, sur la demande de l'autre partie, a condamné, en outre, le défendeur aux dommages-intérêts du demandeur, et a prononcé contre lui, comme stellionataire, la contrainte par corps pour le payement de ces dommages-intérêts. Dans l'espèce, la demande en nullité fut formée dix-sept jours après l'échange, et il est à remarquer qu'aussitôt que cette demande eut été intentée, le défendeur s'était empressé de prendre des arrangements avec sa nièce (1), de sorte que le demandeur n'avait plus à craindre l'éviction. Mais la cour n'en prononça pas moins la nullité de l'échange; et sur le pourvoi en cassation, la cour suprême, par arrêt du 16 janvier 1810 (2), a confirmé en ces termes : « Attendu que la vente de la chose d'autrui est nulle, « suivant l'art. 1599 du Code civil; qu'il a été « jugé par la cour d'appel de Lyon, que Merlier « et sa femme (acquéreurs) ignoraient que partie « de la chose fût à autrui; attendu que la demande à fin de nullité du contrat d'aliénation « avait précédé les procédures à fin du partage « fait avec le propriétaire de partie de la chose « aliénée et que ces procédures n'ont pu priver « Merlier et sa femme du droit antérieurement « acquis par cette demande, rejette; etc. »

La cour de Riom a eu à juger la question dans le cas d'une vente proprement dite (3). Il s'agissait d'un fonds dotal, que le mari avait vendu sans le concours de sa femme; mais la circonstance que l'immeuble était dotal n'a influé en rien sur la décision de la cour, qui a accueilli la demande en nullité formée par l'acquéreur, pour cause de vente de la chose d'autrui, nonobstant l'allégation du vendeur, que dans le cas de vente des immeubles dotaux, hors des exceptions établies par la loi, l'art. 1560 (4) ne réserve qu'aux époux, et non à l'acquéreur, le droit de demander la nullité de la vente. Car cet article est sans préjudice de la disposition portée pour le cas de vente de la chose d'autrui sans l'aveu du propriétaire. Dans cette espèce aussi, le mari, depuis la demande

(1) L'acte qu'ils firent fut qualifié partage, et nonobstant la règle que les partages sont déclaratifs de propriété (art. 883), ce qui aurait pu porter à penser que l'oncle devait être réputé propriétaire de tout l'objet à partir du jour où la communauté avait commencé, et par conséquent du jour de l'échange, la cour n'en a pas moins prononcé la nullité de cet échange. L'arrêt est rigoureux, et peut-être même peu conforme aux principes.

(2) Sirey, 1810, 1, 204.

(3) Arrêt du 30 novembre 1813. (Sirey, 1813, II, 361.)

(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

en nullité formée contre lui, s'était empressé de prendre des arrangements avec sa femme, en échangeant avec elle l'immeuble vendu, pour un autre qui lui appartenait; et il avait même, à ce qu'il paraît, rempli à cet effet les formalités prescrites par l'article 1559 (1). La cour a également dit que le droit d'obtenir la nullité, déjà exercé par l'acquéreur, n'avait pu lui être enlevé par des arrangements faits postérieurement entre le mari et la femme pour faire cesser la qualité dotale qu'avait le bien vendu lors de la vente et encore lors de la demande en nullité (2); qu'il faudrait un nouveau consentement de l'acquéreur pour l'assujettir à l'exécution de cette vente. En conséquence, elle a déclaré le mari vendeur stellionataire, et l'a condamné, comme tel, par corps, à toutes les réparations de droit.

439. Mais nous croyons, et les considérants de ces diverses décisions nous invitent fortement à le penser, que, si la propriété se trouvait incommutablement fixée dans la main de l'acheteur, ou de tout autre acquéreur, avant que la demande en nullité fût formée, soit par arrangement avec le propriétaire, soit par le bénéfice de la prescription, il n'y aurait plus lieu à demander la nullité du contrat : *Cessante causa, cessate ffectus*. L'intérêt est la mesure des actions.

Le droit romain nous fournit des décisions positives à cet égard. Pour payer valablement, il faut conférer au créancier la propriété de la chose donnée en payement, sinon le payement est nul, et l'obligation subsiste toujours (3). C'est d'ailleurs un principe consacré par le Code civil (art. 1238). Néanmoins, si le créancier a acquis, d'une manière ou d'autre, la propriété de la chose donnée en payement, ce payement devient valable par le fait: *Is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine liberatur*: L. 60, ff. *de Solut.* En un mot, toutes les fois que la chose donnée en payement au créancier ne peut plus lui être enlevée par celui qui en était propriétaire, ce qui a lieu par conséquent lorsque ce dernier a ratifié le payement en état de capacité, ou lorsque le créancier a prescrit la chose, ce qui était nul d'abord, *postea convalescit*, comme disent les lois romaines; et l'art. 1238 du Code, seconde partie, est absolument conçu dans cet esprit. Or les raisons sont absolument les mêmes dans le cas de vente ou de toute autre promesse de la chose d'autrui : dès que l'acheteur ne peut plus être évincé, il n'a plus de motif de se plaindre.

440. Et comme, dans notre droit, en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279), et que par conséquent, en thèse générale, l'acheteur d'un meuble n'en peut être évincé, si ce meuble n'a été ni perdu ni volé, nous sommes porté à conclure de là qu'un acheteur d'effets mobiliers ne peut demander la nullité de la vente, sur le seul prétexte qu'on lui a vendu la chose d'autrui, tant qu'il ne prouve pas qu'il est dans le cas d'en être dépouillé, en d'autres termes, tant qu'il ne prouve pas que les objets ont été perdus ou volés, et depuis moins de trois ans (*ibid.*), ou que la loi, par quelqu'une de ses dispositions spéciales, le soumet encore à une éviction.

§ III.

De la constitution en demeure du débiteur, et de ses effets par rapport à la perte de la chose due.

SOMMAIRE.

441. *Texte et analyse de l'art. 1139, sur la constitution en demeure du débiteur, et ancienne jurisprudence à cet égard.*
442. *Le débiteur n'est point obligé, de droit commun, d'aller présenter la chose au créancier, quand même la convention porterait qu'il sera constitué en demeure par la seule échéance du terme; conséquence.*
443. *Celui qui obéit de suite à la sommation qui lui est faite de livrer la chose, n'est pas passible de la perte arrivée dans ce moment.*
444. *Celui qui ne peut payer à raison d'un empêchement légal ne peut être constitué en demeure par celui à qui il ne peut payer.*
445. *Et celui à qui l'on ne peut demander la chose ne peut non plus être constitué en demeure.*

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Et l'on eût pu ajouter : *pour faire cesser la qualité de la chose d'autrui* qu'avait encore l'immeuble à cette dernière époque.

(3) *Non videntur data (in solutionem), quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt.* L. 167, ff. *de Regul. juris.*

Voyez aussi les lois 94, § 1, et 98, § 3, *de Solut.* qui sont parfaitement dans ce sens.

446. *La caution ne serait pas non plus mise en demeure par une telle demande.*
447. *Mais dans les cas ordinaires, la mise en demeure du débiteur principal met aussi en demeure la caution;* sed non vice versa; *en quel sens la demeure de l'un des débiteurs solidaires nuit aux autres.*
448. *Le débiteur purge la demeure par des offres régulières.*
449. *Et par une novation, même conditionnelle, quoique la condition vînt à ne pas s'accomplir, et quoique cette novation conditionnelle fût faite avec un tiers, et à l'insu du débiteur.*
450. *La mise en demeure par l'effet d'une demande en justice est effacée par la péremption de l'instance.*
451. *Quoique la chose vînt à périr depuis la mise en demeure du débiteur, elle n'en périrait pas moins pour le créancier, si elle eût dû périr chez lui au cas où elle lui aurait été livrée. C'est au débiteur à faire les diverses preuves.*
452. *Le voleur se met de lui-même en demeure, et c'est sur lui que retombe la perte arrivée même par cas fortuit.*

441. Comme, lorsque la chose promise périt par cas fortuit, elle ne périt pour le créancier qu'autant que le débiteur n'était point en demeure de la délivrer (art. 1138), il importe de voir comment il est constitué en demeure.

Demeure, *mora,* signifie *retard.*

Suivant l'article 1139 (1), « le débiteur est « constitué en demeure, soit par une sommation, « ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de « la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il « soit besoin d'acte, et par la seule échéance du « terme, le débiteur sera en demeure. » Alors, *dies pro homine interpellat.* Mais, en général, il faut pour cela une convention spéciale, quoiqu'il ne soit toutefois pas nécessaire d'insérer textuellement dans l'acte que, *par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure.* Il suffit d'y insérer que *par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.* Il est pleinement averti par une telle clause. L'article 1139 n'a point entendu tracer une formule.

La sommation dont il parle est l'*interpellation* dont font si souvent mention les lois romaines.

En général, c'est un acte du ministère des huissiers.

Quant aux actes équivalents dont parle aussi cet article, ce sont les demandes en justice, qui même ont généralement plus d'effet que les simples actes extrajudiciaires, tels que les sommations ; une saisie, dans certains cas ; une citation en conciliation, suivie d'une demande en justice dans le mois de la non-conciliation ou de la non-comparution (art. 57, Cod. de procéd.); une déclaration écrite du débiteur qu'il se reconnaît en demeure ; et enfin tout autre acte propre à certifier qu'il est en retard d'exécuter son engagement.

Dans l'ancienne jurisprudence, les tribunaux n'avaient guère égard à la clause par laquelle les parties convenaient que la seule échéance du terme constituerait le débiteur en demeure ; ils la regardaient presque toujours comme comminatoire, comme une simple menace ; tandis que Justinien avait décidé que, dans les obligations de faire ou de donner dans un certain temps, la seule échéance du terme, sans interpellation, suffirait pour constituer le débiteur en demeure (2). Sous le Code, il faudrait de plus, pour cela, que la chose n'eût pu être faite ou donnée que dans un certain temps que le débiteur aurait laissé passer sans exécuter l'obligation. (Article 1146) (3).

442. Dans le cas même où la convention porterait que le débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, néanmoins, dans les obligations de donner, il n'est pas tenu, à moins de convention contraire, de porter la chose chez le créancier, ou ailleurs ; et si elle venait à périr par cas fortuit au lieu où elle devait être délivrée, avant que le créancier se fût présenté pour la réclamer, quoique ce fût après l'échéance du terme pris pour la délivrance, elle n'en périrait pas moins pour ce dernier, parce que le débiteur ne serait nullement en demeure ; car le payement

(1) Code de Hollande, art. 1274.
(2) *Voyez* la loi 12, ff. *de Contrah. vel committ. stipul.*
(3) Code de Hollande, art. 1279.

doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, et qu'il s'agisse d'un corps certain et déterminé, il doit être fait dans le lieu où était l'objet au temps de la convention; et dans les autres cas, il doit être fait au domicile du débiteur (art. 1245) (1). Celui-ci, après l'échéance du terme pris pour la délivrance, avait sans doute la faculté de faire sommation au créancier d'enlever la chose, et de se faire autoriser, à son refus, à la mettre en dépôt dans un autre lieu (art. 1264) (2), mais c'était là une simple faculté, et non une obligation.

Il faudrait donc, pour que le débiteur fût en demeure, que le créancier fît constater par un acte dressé par officier public ayant caractère à cet effet, sa présentation au lieu où le payement devait être fait, et le refus ou l'absence du débiteur.

443. Si le terme est en faveur de ce dernier, ce qui est présumé, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été mis dans l'intérêt du créancier (art. 1187) (3), la sommation de délivrer la chose ne doit même être faite que le lendemain du jour de l'échéance du terme; car le jour du terme appartient en entier au débiteur (4). Et si la chose venait à périr par cas fortuit, quoique après la sommation, mais au moment même où le débiteur se mettait en mesure d'y obéir, comme il n'y aurait point non plus de retard de sa part, la perte ne retomberait pas sur lui : *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominùs, proinde ac si homo viveret : et hic moram videtur fecisse,* QUI LITIGARE MALUIT, *quam restituere.* L. 82, § 1, ff. *de Verb. oblig.* Or l'on ne peut dire que celui qui s'empresse de livrer la chose aussitôt qu'elle lui est demandée, *litigare maluit, quam restituere.* A la vérité, il ne serait pas nécessaire, pour qu'il fût en demeure, et passible des cas fortuits, qu'il eût été assigné en justice; mais il faut du moins qu'il ait refusé de remettre la chose; tandis que nous raisonnons dans l'hypothèse contraire.

(1) Code de Hollande, art. 1427.
(2) Ibid., art. 1448.
(3) Ibid., art. 1306.
(4) L. 42, ff. *de Verb. oblig.*; et § 2, Instit., au même titre.
(5) Code de Hollande, art. 1423.

444. Celui qui ne peut payer à raison d'un empêchement légal, ne peut être constitué en demeure par celui à qui il ne peut payer. Par exemple, celui qui doit à un mineur non émancipé, à qui il ne peut payer valablement (art. 1241) (5), ne serait point constitué en demeure par un acte de ce mineur, quoique les mineurs puissent faire leur condition meilleure. L. 17, § 3, ff. *de Usuris et fructibus.*

445. Et, *vice versa*, celui à qui l'on ne peut demander la chose ne peut, par cela même, être constitué en demeure de la délivrer (6). Tel est le cas d'un legs fait sous une condition suspensive qui n'est point encore accomplie, ou avec terme non encore échu (7).

Tel est le cas aussi où un mineur serait débiteur d'un corps certain, par exemple, comme héritier de son père, et que le créancier, au lieu de faire au tuteur la sommation de délivrer l'objet, a sommé le mineur lui-même de faire cette délivrance. Cette sommation est insuffisante pour constituer le mineur en demeure. (Art. 450 et 1238 combinés.)

446. La loi 127, ff. *de Verb. obl.* suppose qu'un pupille a promis, sans l'autorité de son tuteur, un certain esclave, qu'un tiers l'a cautionné, et que l'esclave est venu à périr depuis que le pupille était en retard de le délivrer. Le jurisconsulte Scævola dit que le fidéjusseur n'est point tenu de la perte, parce qu'il n'a pas été mis en demeure par le retard qu'a apporté le pupille dans la délivrance de l'esclave : *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est; esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex sua mora postea.* Cette décision serait aussi suivie dans notre droit.

447. Mais dans les cas ordinaires, la mise en demeure du débiteur principal perpétue aussi l'obligation du fidéjusseur, ou caution (8); tandis que la demeure du fidéjusseur ne nuit pas au débiteur principal (9).

(6) L. 88, ff. *de Regul. juris.*
(7) L. 59, ff. *de Verb. oblig.*
(8) L. 58, § 1, ff. *de Fidejuss.*
(9) L. 32, § 5, ff. de *Usuris et fructib.*

Celle de l'un des débiteurs solidaires perpétue pareillement celle des autres, en ce sens que si la chose due vient ensuite à périr par cas fortuit, ou par le fait de l'un des débiteurs, les autres doivent le prix de la chose, mais non toutefois les dommages-intérêts, qui peuvent seulement être répétés de celui qui était en faute ou en demeure. (Art. 1205) (1). Cependant la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir contre tous (art. 1207) (2), et la prescription interrompue contre l'un d'eux l'est également contre les autres. (Art. 1206) (3). Nous expliquerons ces points avec plus d'étendue en parlant de la solidarité.

448. La demeure en laquelle était constitué le débiteur est purgée par les offres régulières (4) qu'il fait de la chose, *post moram offerendo ;* et les cas fortuits qui étaient à sa charge par l'effet de sa demeure, sont à la charge du créancier depuis les offres.

449. La demeure du débiteur est également purgée par la novation, même conditionnelle, et quoique la condition vînt à manquer (5) ; bien que lorsque la condition manque, la novation, par cela même, manque aussi (6). Mais, comme le dit le jurisconsulte Marcellus dans la loi 72, § 1, ff. *de Solut.* précitée, *in promptum contradictio est, debitorem, cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse ; nam verum est cum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.*

Et il en serait ainsi quoique la novation eût été faite par l'intervention d'un tiers, même à l'insu du débiteur, dont il est venu prendre la place, et que la novation fût sous une condition qui serait aussi venue à manquer ; car, en ce qui concerne la purge de la demeure, c'est comme si le tiers eût payé à la place du débiteur (7).

450. Si le créancier qui a constitué le débiteur en demeure par une demande en justice laissait périmer sa demande, le débiteur serait censé n'avoir point été constitué en demeure : une demande périmée n'a aucun effet; la prescription n'a point été interrompue par elle (art. 2247) (8); en un mot, c'est comme si elle n'eût pas été formée. (Art. 401, Code de procéd.) Cela s'applique aux dommages-intérêts, ou aux intérêts dus pour inexécution de l'obligation pour d'autres causes que la perte de la chose, ou pour retard dans l'exécution. Mais la simple discontinuation des poursuites pendant trois ans et plus ne suffit pas pour détruire l'effet de la demeure en laquelle le débiteur a été constitué par la demande ; il faut que la péremption elle-même soit demandée, et avant d'avoir été couverte par un acte valable. (Art. 399, *ibid.*)

451. Et lors même que la demeure n'aurait point été purgée, si la chose, qui est venue à périr, eût dû également périr chez le créancier, au cas où elle lui aurait été livrée, la perte n'en serait pas moins supportée par lui, suivant l'article 1302 ; car dans ce cas le retard ne lui aurait réellement causé aucun préjudice. Ce serait toutefois au débiteur à prouver non seulement le cas fortuit qu'il allègue (*ibid.*), mais encore que la chose eût péri également chez le créancier, si elle lui eût été livrée ; le tout, sans préjudice de l'effet de la stipulation par laquelle le débiteur aurait pris sur lui les cas fortuits (*ibid.*), et d'une disposition spéciale de la loi qui les mettrait à sa charge. (Art. 1822) (9).

Dans les cas ordinaires, et lorsque la chose est venue à périr depuis la mise en demeure du débiteur, si le créancier prétendait qu'il l'aurait vendue avant la perte, hypothèse dans laquelle le débiteur répondrait du cas fortuit, la question de savoir qui doit en effet supporter la perte se déciderait d'après les circonstances de la cause, et surtout d'après la profession du créancier (10).

452. Le voleur de la chose est par le fait même du vol en demeure de la restituer ; et si elle périt,

(1) Code de Hollande, art. 1321.
(2) Ibid., art. 1322.
(3) Ibid., art. 2022.
(4) Nous disons par les offres *régulières*, mais *voyez* pour le cas où les offres ne sont pas parfaitement régulières, la loi 91, § 3, ff. *de Verb. oblig.*
(5) L. 73, § 2, ff. *de Verb. oblig;* et L. 72, § 1, ff. *de Solut.*
(6) L. 8, § 1, et L. 14, ff. *de Novat.*
(7) Même loi 72, *de Solut.* § 3.
(8) Code de Hollande, art. 2018.
(9) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(10) L. 31, § 3, ff. *de Hered. petit.*

même par cas fortuit, la perte est supportée par lui. (Art. 1302) (1).

Mais nous aurons encore occasion de revenir sur plusieurs de ces points en parlant de l'extinction des obligations.

SECTION III.

DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE.

SOMMAIRE.

453. *Personne ne peut être précisément contraint à faire ce qu'il a promis de faire.*
454. *Mais s'il n'exécute pas l'obligation, elle se résout en dommages-intérêts.*
455. *Le créancier peut se faire autoriser à détruire ce qui a été fait en contravention à l'engagement.*
456. *Et même à faire exécuter par un autre l'obligation qui consiste à faire quelque chose, lorsque cela est possible.*
457. *Dans les obligations de ne pas faire, le débiteur se met de lui-même en demeure en y contrevenant, et doit les dommages-intérêts.*
458. *L'obligation de faire n'est pas, de sa nature, alternative, quoiqu'elle se résolve en dommages-intérêts en cas d'inexécution.*
459. *Aussi, le débiteur ne peut-il d'abord offrir les dommages-intérêts.*
460. *Droit du créancier dans une obligation de faire.*
461. *Ce n'est pas toujours qu'il est obligé de se faire autoriser pour exécuter l'obligation lui-même, ou par le moyen d'un autre; exemples.*
462. *Il convient toutefois de prendre ce parti lorsqu'il est possible sans graves inconvénients.*

453. Le respect dû à la liberté des personnes a fait établir que celui qui s'est obligé à faire quelque chose ne peut être précisément contraint à faire ce qu'il a promis : *Nemo ad factum precise cogi potest ;* et celui qui s'est obligé à ne pas faire telle ou telle chose, ne peut non plus être précisément empêché de la faire, lorsque l'empêchement serait une atteinte à sa liberté.

454. Mais comme les engagements qui n'ont rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs doivent être exécutés, le législateur a érigé aussi en principe « que toute obligation de faire ou « de ne pas faire se *résout* en dommages-inté- « rêts en cas d'inexécution de la part du débi- « teur. (Art. 1142) (2). »

455. Et dans les obligations de ne pas faire, le créancier a même le droit de demander que ce qui a été fait en contravention à l'engagement soit détruit : il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice encore des dommages-intérêts, s'il y a lieu. (Article 1143) (3).

456. Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution d'une obligation de faire, être autorisé à exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, lorsque cette exécution est possible. (Article 1144) (4).

457. Enfin, si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages-intérêts par le fait seul de la contravention (article 1145) (5). Il se met de lui-même en demeure.

458. Mais, de ce que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution, il n'en faut pas conclure que le débiteur a, par la nature même de l'obligation, le pouvoir, dans le for intérieur comme dans le for extérieur, de se libérer par le payement des dommages-intérêts lorsqu'il peut encore exécuter l'engagement, comme s'il était obligé sous une alternative, ou du moins comme si son obligation était du nombre de celles qu'on appelle *facultatives* (6) ; car les dommages-intérêts prennent seulement la place de ce qui avait été compris dans l'engagement : l'obligation, comme le

(1) Code de Hollande, art. 1480.
(2) Ibid., art. 1275.
(3) Ibid., art. 1276.
(4) Ibid., art. 1277.
(5) Ibid., art. 1278.
(6) On appelle en droit obligation *facultative*, celle qui a pour objet telle chose déterminée, et lorsque le débiteur a la faculté d'en payer une autre à la place. Par exemple, *je lègue à Paul mon jardin, si mieux n'aime mon héritier lui compter six mille francs :* le jardin est le seul objet du legs; les six mille francs sont *in facultate solutionis*. Et l'obligation serait alternative si j'avais dit, *je lègue à Paul mon jardin ou six mille francs*. Nous expliquerons, au surplus, ces points au chapitre suivant.

dit l'art. 1142 (1), se *résout* en dommages-intérêts, en cas d'inexécution. A la vérité, lorsque le débiteur les aura payés, il sera libéré ; le créancier ne pourra plus agir contre lui. Mais il sera toujours vrai de dire que le débiteur n'aura pas parfaitement rempli son obligation, ainsi qu'il l'eût régulièrement remplie, si, au lieu de promettre purement et simplement de faire ou de ne pas faire telle chose, il eût promis de la faire (ou de ne la pas faire) ou de payer une indemnité au créancier, avec l'intention de contracter ainsi une obligation alternative.

Et c'est parce qu'il n'est point obligé sous une alternative, que, s'il n'a point, par force majeure, exécuté ce qu'il a promis de faire, ou a fait ce qu'il s'était interdit, il ne doit aucuns dommages-intérêts (art. 1148) (2); tandis que si l'obligation était réellement alternative, il devrait encore, dans ce cas, l'indemnité promise : car l'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée même par la faute du débiteur. (Article 1193) (3). Et quoique cet article parle des obligations de *donner*, sa disposition n'est pas moins applicable aux obligations alternatives de faire ou de ne pas faire, ou comprenant tout à la fois des choses et des faits.

459. Puisque l'obligation de faire ou de ne pas faire ne comprend pas directement les dommages-intérêts, que seulement elle se *résout* en dommages-intérêts, en cas d'inexécution, il s'ensuit aussi que le débiteur n'a pas le droit d'offrir au créancier l'indemnité, à la place du fait qu'il a promis, ou dont il est convenu de s'abstenir : seulement le créancier, en cas d'inexécution, a le droit de faire faire l'estimation des dommages-intérêts qui lui sont dus, et le débiteur celui de faire alors des offres. Néanmoins, en cas de poursuites, ce dernier peut en arrêter le cours, en offrant de payer l'indemnité qui pourra être due ; et, depuis cette offre, les frais faits par le créancier resteraient à sa charge personnelle, comme frais frustratoires. En un mot, le débiteur ne peut pas prévenir la demande en justice, mais il peut en arrêter le cours. Tels sont les vrais principes en matière d'obligation de faire ou de ne pas faire, non consentie d'une manière alternative ou *facultative*.

460. Et comme ce n'est qu'en considération de la liberté des personnes, qu'on ne peut contraindre précisément le débiteur à faire ce qu'il a promis, ou à s'abstenir de faire ce qu'il s'est interdit, il s'ensuit pareillement, ainsi que nous l'avons dit, que, lorsque le créancier pourra faire exécuter l'obligation par un autre, il peut la faire exécuter, en se faisant autoriser à cet effet; et alors l'exécution a lieu aux dépens du débiteur (art. 1144), qui pourrait encore être passible de dommages-intérêts pour le retard dans l'exécution, sans parler des frais judiciaires. Le créancier peut de même se faire autoriser à détruire ce qui aurait été fait en contravention à l'engagement, sans préjudice aussi des dommages-intérêts, s'il y a lieu. (Art. 1143.)

461. Il n'est même pas toujours nécessaire que le créancier se fasse autoriser par justice à faire exécuter l'engagement du débiteur : dans un grand nombre de cas cette autorisation serait nécessairement tardive. Par exemple, si mon voisin s'est obligé envers moi à me fournir, moyennant un certain prix, une cuve pour faire mon vin, et qu'au moment où il y a nécessité de faire la vendange, il me déclare qu'il ne peut ou ne veut me la fournir, il est clair que je n'ai pas besoin, pour m'en procurer une autre à ses dépens, de me faire autoriser par le juge ; car il y a péril en la demeure. Il en est de même si un individu qui s'est obligé de me transporter en telle ville, me laisse en route, par suite d'un fait dont il est responsable : je puis faire exécuter l'obligation par un autre. Seulement je dois, dans ces cas et autres semblables, la faire exécuter aux meilleures conditions possibles.

462. Il convient, au reste, lorsque les circonstances le permettent, d'assigner le débiteur pour le constituer en demeure et pouvoir dire que, attendu son retard, le créancier est autorisé à faire exécuter l'obligation à ses dépens; et si la

(1) Code de Hollande, art. 1275.
(2) Ibid., art. 1281.
(3) Code de Hollande, art. 1311.

matière requiert effectivement célérité, l'assignation pourra être donnée à bref délai, et même généralement en référé, devant le président du tribunal, qui statue par voie d'ordonnance. (Art. 72, 806 et suivants, Cod. de procéd.)

—

SECTION IV.

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION OU DU RETARD APPORTÉ DANS L'EXÉCUTION.

SOMMAIRE.

463. *Le débiteur qui n'exécute pas son obligation par sa faute doit les dommages-intérêts.*

464. *Il ne les doit toutefois que lorsqu'il est en demeure, à moins que la chose ne pût être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer; mais c'est qu'alors il se constitue lui-même en demeure.*

465. *Cela ne fait aucune difficulté dans les obligations de faire qui ne pouvaient être exécutées que dans un certain temps que le débiteur aurait laissé passer.*

466. *Mais dans les obligations de donner, même ne pouvant être exécutées que dans un certain temps, le débiteur, de droit commun, n'est point obligé d'aller porter la chose chez le créancier, ou ailleurs.*

467. *Pour que le débiteur soit affranchi des dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation quelconque, il doit justifier que c'est par suite d'une force majeure et d'une cause étrangère qu'il ne l'a point exécutée.*

468. *Diverses conséquences.*

469. *Dans les obligations de faire non exécutées même par suite de force majeure, le créancier ne doit aucun prix, à la différence des obligations de donner, quand la chose a péri par cas fortuit.*

470. *Les dommages-intérêts se composent, en général, de la perte éprouvée et du gain manqué; dispositions des art. 1149, 1150 et 1151.*

471. *Le créancier, sauf quelques cas d'exception, doit clairement justifier de la perte qu'il prétend avoir éprouvée et du gain qu'il a manqué de faire.*

472. *Quand ce n'est point par son dol que le débiteur n'a pas exécuté l'obligation, ou l'a mal exécutée, il ne doit que les dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat : exemple.*

473. *Mais quand il était de mauvaise foi, il doit même les dommages-intérêts qu'on n'a point prévus ni même pu prévoir lors du contrat, pourvu toutefois que le dommage soit une suite directe et immédiate de l'inexécution de son obligation.*

474. *Mais il ne doit pas d'autres dommages-intérêts : exemple.*

475. *Suite et divers exemples des dommages-intérêts dus dans l'une ou l'autre hypothèse.*

476. *Suite.*

477. *Suite.*

478. *Suite.*

479. *Suite.*

480. *La matière des dommages-intérêts est fort abstraite; le juge, en les fixant, doit se décider plutôt par l'équité que par des principes absolus.*

481. *Il doit être plus facile à en accorder pour une perte réelle que pour un gain manqué.*

482. *En général, sa décision sur ce point est à l'abri de la censure de la cour suprême; il en est cependant autrement quand la loi ou les parties elles-mêmes ont fixé les dommages-intérêts en cas d'inexécution.*

483. *Quand il y a convention à cet égard, elle doit être suivie : le juge n'y peut rien changer, si toutefois ce n'est point une usure déguisée.*

484. *Cette convention n'est, en général, qu'une clause pénale; conséquences.*

485. *En quoi cependant elle peut en différer.*

486. *Elle ne rend généralement pas par elle-même l'obligation alternative : conséquence.*

487. *Tant que l'intérêt conventionnel a pu excéder le taux de l'intérêt légal, la clause a dû être exécutée selon sa teneur, même dans les obligations de sommes ou de choses qui se consomment par l'usage.*

488. *Mais depuis la loi du 3 septembre 1807, elle a dû, dans ces sortes d'obligations, être réduite dans ses effets, si elle renfermait une usure prohibée, quoique, en certains cas, une clause pénale excédant même le taux de l'intérêt licite puisse y être valable en son entier.*

489. *Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages-intérêts ne peuvent, en général, consister que dans l'intérêt légal : texte de l'art. 1153.*

490. *Motifs sur lesquels sa disposition principale est fondée.*

491. *Autre exception à ajouter à celles exprimées par cet article.*

492. *Ces dommages-intérêts, ou plutôt ces intérêts,*

ne courent que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit.

493. *Plusieurs de ces cas.*

494. *Texte de l'art.* 1154, *qui, en permettant que les intérêts puissent produire des intérêts à leur tour, a autorisé* l'anatocisme, *mais toutefois sous certaines conditions et restrictions, et texte de l'art.* 1155, *qui l'autorise purement et simplement dans les dettes qu'il énonce.*

495. *L'anatocisme était prohibé en principe dans l'ancienne jurisprudence.*

496. *On ne pouvait même pas prêter à intérêt; ce qui avait fait imaginer les constitutions de rente en perpétuel.*

497. *Motifs des restrictions établies dans l'article* 1154.

498. *Deux questions auxquelles donne lieu cet article.*

499. *La première, si la convention que les intérêts dus au moins pour une année en produiront à leur tour, peut avoir lieu dès le principe? résolue affirmativement.*

500. *La seconde, si, lorsque des intérêts sont dus et exigibles, on peut valablement convenir qu'ils en produiront eux-mêmes, quoique ces intérêts ne soient pas dus pour une jouissance du capital pendant une année? résolue de même affirmativement.*

501. *Il n'y a, au surplus, point de doute, quand je fais la convention avec un tiers délégué par le débiteur, qui prend sur lui, par voie de novation, l'obligation de ce dernier.*

502. *Mais une demande judiciaire ne peut pas faire produire des intérêts à des intérêts dus* pour *moins d'une année, quoiqu'ils fussent échus* depuis *plus d'une année.*

503. *La demande doit comprendre les intérêts des intérêts; le créancier doit conclure à ces intérêts; sinon, en les lui adjugeant, les juges commettraient un* ultra petita.

463. En général, dans toute obligation de donner ou de faire quelque chose, le débiteur qui n'exécute pas son engagement est passible des dommages-intérêts du créancier, si ce n'est point par suite d'une force majeure qu'il n'a pas exécuté (art. 1146 et 1147) (1).

464. Toutefois, les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, à moins, dit l'art. 1146, que la chose qu'il s'était obligé de donner ou de faire, ne pût être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

Nous avons vu que, d'après l'art. 1139 (2), le débiteur est constitué en demeure, ou par une sommation ou autre acte équivalent, ou par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera constitué en demeure.

On a vu aussi que, dans les obligations de ne pas faire, le débiteur se constitue en demeure par le fait seul de la contravention, et doit par cela même les dommages-intérêts. (Art. 1145.)

Dans plusieurs cas, la loi elle-même constitue le débiteur en demeure, et fait en conséquence courir les intérêts contre lui *ipso facto*, à partir des époques qu'elle détermine (art. 1153) (3), ou lui impose certaines obligations pour avoir négligé d'en remplir d'autres dans un certain temps, ou pendant un certain temps. (Art. 1912) (4).

465. Au surplus, quand l'art. 1146 dit que, dans les obligations de donner ou de faire quelque chose qui ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer, celui-ci doit les dommages-intérêts, il est toutefois besoin de distinguer entre les obligations de donner et celles de faire.

En effet, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, qui ne pouvait être exécutée que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer sans exécuter son engagement, il doit par cela même les dommages-intérêts : il s'est mis de lui-même en demeure, et c'est surtout à ce cas qu'est applicable l'adage : *dies pro homine interpellat*.

Par exemple, si je vous ai donné mandat de renouveler pour moi une inscription hypothécaire, qui est sur le point d'être périmée, et que, tout en acceptant mon mandat, vous négligiez cependant de renouveler cette inscription dans le délai utile, et cela, non par l'effet de quelque obstacle ou empêchement qui vous rende

(1) Code de Hollande, art. 1279 et 1280.
(2) Ibid., art. 1274.
(3) Code de Hollande, art. 1286.
(4) Ibid., art. 1809.

excusable, mais par négligence, indifférence ou mauvaise volonté, vous serez responsable envers moi du tort que vous m'aurez causé par suite de l'inexécution du mandat. (Art. 1991) (1).

Ainsi encore, si l'imprimeur d'un journal néglige de l'imprimer régulièrement; s'il cesse notamment pendant plusieurs jours de le faire, par sa faute ou par impuissance personnelle, et que cette inexactitude fasse perdre des abonnés au propriétaire du journal, celui-ci peut obtenir des dommages-intérêts; et l'imprimeur n'éviterait pas la condamnation en offrant de fournir les feuilles qu'il a manqué de fournir, car il ne pourrait maintenant le faire avec la même utilité pour le propriétaire du journal.

Dans ces cas, et autres semblables, le débiteur se met de lui-même en demeure en ne faisant pas dans le temps fixé ce qu'il s'était obligé de faire : tout comme dans les obligations de ne pas faire, le débiteur devient passible des dommages-intérêts du créancier, par cela seul qu'il a fait ce qu'il s'était interdit. (Art. 1145.)

466. Mais quant aux obligations de donner, du nombre même de celles qui ne peuvent être exécutées utilement pour le créancier que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer sans exécuter, ce n'est néanmoins pas toujours que ce dernier est passible des dommages-intérêts par le fait seul de l'expiration du temps. En effet, comme nous l'avons dit au sujet de la perte de la chose, de droit commun le débiteur n'est pas tenu de porter l'objet de la dette chez le créancier, ou ailleurs, ni de lui faire des offres. Il n'y est point obligé même dans ces sortes d'obligations, s'il ne s'y est pas soumis; et si le créancier ne se présente pas pour demander la chose au lieu où le payement doit être fait, c'est sa faute. Or le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le payement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de la convention, la chose qui en fait l'objet. Hors ces deux cas, il doit être fait au domicile du débiteur (art. 1247) (2). Donc si le créancier ne s'est pas présenté pour recevoir le payement au lieu où il devait lui être fait, le débiteur ne lui doit aucuns dommages-intérêts, quoique la chose ne pût être livrée utilement pour le créancier que dans un certain temps; mais c'est parce que c'est lui qui a laissé passer ce temps, et non le débiteur. Celui-ci n'est point en demeure. Il serait en demeure, sans doute, s'il avait promis de livrer la chose à tel endroit, chez le créancier ou ailleurs, n'importe, et qu'il ne se fût pas mis en mesure de pouvoir le faire; ou, dans le cas où il s'agirait d'un corps certain et déterminé qui était dans un certain lieu au temps de la convention si l'objet ne s'y trouvait plus au temps où le payement devait être fait. Encore faudrait-il, dans ces mêmes cas, pour que le débiteur fût passible des dommages-intérêts, que l'obligation n'eût pu être exécutée avec la même utilité par le créancier, que dans un certain temps qu'il aurait laissé passer, puisque ce n'est que dans cette supposition que l'art. 1146 le rend responsable des dommages-intérêts lorsqu'il n'est point en demeure; or l'art. 1139 nous dit comment, dans les obligations de donner, le débiteur est constitué en demeure : savoir, ou par une sommation ou autre acte équivalent, ou lorsque la convention porte que, par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure. Si cette convention n'existe pas, et qu'il n'y ait pas eu non plus de sommation faite au débiteur, celui-ci n'a donc point été constitué en demeure, quoiqu'il y ait eu un lieu spécialement indiqué pour y faire le payement; et pour qu'il soit passible de dommages-intérêts, en vertu même de l'article 1146, il faut que la chose qu'il s'était obligé de *donner* ne pût être livrée que dans un certain temps qu'il aurait laissé passer sans la livrer, ce qui est un point de fait dont la décision dépend des circonstances de la cause. Tel serait le cas où le capitaine d'un navire, sur le point de mettre à la voile, achèterait des vivres pour son équipage, livrables à son bord et à un certain jour : si le vendeur ne livrait pas au jour convenu, et que l'acheteur, obligé de partir, eût acheté des vivres ailleurs à un prix supérieur, mais cependant au cours du jour, ou à peu près, il aurait droit aux dommages-intérêts, *ipso facto*, quand

(1) Code de Hollande, art. 1837.

(2) Code de Hollande, art. 1429.

bien même le vendeur n'aurait pas été mis en demeure par une sommation ou autre acte équivalent, et quand bien même aussi la convention ne porterait pas expressément que, par la seule échéance du terme pris pour la délivrance, et sans qu'il soit besoin d'acte, l'acheteur sera constitué en demeure; car elle le portait implicitement, par la circonstance que l'obligation ne pouvait être exécutée que dans un certain temps, circonstance connue du vendeur. C'est ce que veut dire l'art. 1146, qui parle positivement, sur ces cas, des obligations de *donner* comme de celles de *faire*.

467. Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement des dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution (ou le retard) provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. (Art. 1147.)

Mais il n'y a aucuns dommages-intérêts à réclamer lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit (art. 1148) (1); à moins qu'il n'eût pris sur lui les cas fortuits par une clause spéciale, ainsi qu'il l'a pu. (Article 1302.)

468. De ces principes il faut déduire les conséquences suivantes :

1° L'impuissance personnelle du débiteur ne peut être alléguée par lui; c'est sa faute d'avoir contracté un engagement qu'il ne pouvait remplir. Quand l'exécution en était possible, parce que les lois de la nature et les lois civiles ou les bonnes mœurs n'y mettaient point d'empêchement, et quand elle n'a pas manqué non plus par des causes ou des circonstances étrangères qui ne peuvent lui être imputées, il est tenu des dommages-intérêts du créancier.

2° Lorsqu'il invoque une force majeure ou un cas fortuit, pour s'excuser de n'avoir pas exécuté l'obligation, il est tenu de prouver le fait qu'il allègue. (Art. 1302 et 1808.)

3° Toutes les fois que le cas fortuit a été précédé d'une faute de sa part dont il devrait répondre d'après la nature de l'affaire, cet événement ne peut le soustraire à la condamnation aux dommages-intérêts. (Art. 1807) (2).

Et quant aux cas dans lesquels il est responsable à raison d'une faute qui lui serait reprochée, *voyez* ce qui a été dit plus haut sur l'art. 1137, nos 397 et suivants.

469. Mais, indépendamment des différences que nous avons signalées entre les obligations de donner et celles de faire, il en existe une autre forte importante.

Dans les obligations de donner, si la chose promise périt par cas fortuit avant que le débiteur soit en demeure de la livrer, la perte est supportée par le créancier, qui n'est pas moins obligé, ainsi que nous l'avons démontré sur l'article 1138 (nos 420 et suiv.), de payer le prix, s'il en a été stipulé un, ou de livrer de son côté ce qu'il a promis en retour. Au lieu que dans les obligations de faire, restées sans exécution, même sans la faute de l'obligé, celui-ci ne peut réclamer ce qui lui aurait été promis, ni même retenir ce qui lui aurait déjà été payé. Il le réclamerait ou le retiendrait *sine causa*, pour une cause qui a manqué son effet.

Cette différence entre les obligations de faire et celles de donner est clairement marquée dans les lois romaines. On a vu précédemment que, d'après le § 3 aux Institutes, tit. *de Empt. et vendit.*, et d'après d'autres textes encore, si la chose vendue est venue à périr par cas fortuit, et avant que le vendeur fût en demeure de la livrer, l'acheteur n'en devait pas moins payer le prix; tandis que suivant la loi 5, *princip.* ff. *de Condict. causa data, causa non secuta*, si je vous ai compté une somme pour que vous alliez faire pour moi un voyage en tel endroit (par exemple pour aller à Lyon me représenter dans une faillite), et qu'une maladie ou quelque autre accident vous empêche de faire ce voyage, je puis réclamer la restitution de ce que je vous ai compté : seulement, si vous aviez fait à ce sujet quelque dépense nécessaire, je devrais vous rendre indemne.

(1) Code de Hollande, art. 1281.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

Nous voyons aussi, dans les art. 1795 et 1796 (1), que le contrat de louage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur, et que le propriétaire n'est tenu de payer le travail à leur succession, qu'en proportion du prix porté par la convention et de la valeur des ouvrages faits et des matériaux préparés, et lors seulement encore que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles. A la vérité, dans l'espèce décidée par la loi romaine précitée, celui qui a donné la commission n'est pas moins obligé de diminuer, sur ce qu'il a compté, le montant des dépenses nécessaires faites par l'autre partie pour entreprendre le voyage, sans que le jurisconsulte distingue, à cet égard, entre le cas où ces dépenses peuvent ou non lui être utiles; mais ce n'est là qu'une question secondaire, et nous croyons que, dans les contrats autres que ceux de louage d'ouvrage, elle devrait être décidée comme la décide le jurisconsulte romain.

Et dans le louage des choses, si la chose vient à périr par cas fortuit, le contrat est dissous (art. 1741). Dès ce moment, le locateur ne peut plus réclamer le prix du bail, parce que son obligation était de *faire jouir* le preneur, et qu'aussitôt qu'il cesse de remplir cette obligation, n'importe le motif, il n'y a plus de prix : il le réclamerait *sine causa*. Il avait promis de procurer au preneur une jouissance successive, et c'était pour cette jouissance successive que ce dernier s'était obligé à payer le prix du bail : donc, quand elle cesse, l'obligation de payer le prix cesse avec elle (2).

Au lieu que dans les obligations de donner, il n'est pas vrai de dire que le vendeur, par exemple, réclame *sine causa* le prix qu'il a stipulé, par cela seul qu'il ne livre pas la chose, qui est venue à périr par cas fortuit; car ce prix lui a été promis en retour de l'obligation qu'il a contractée de la livrer. Or il est libéré de cette obligation par la perte de l'objet arrivée sans sa faute et avant qu'il fût en demeure; donc l'autre partie doit remplir la sienne, ou justifier aussi qu'elle en est libérée de l'une des manières exprimées par la loi.

470. L'art. 1149 (3) porte que les dommages-intérêts dus au créancier, sont, en général, de la perte qu'il a faite, et du gain dont il a été privé (4), sauf les exceptions et modifications établies dans les articles suivants.

D'abord, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'a pas été exécutée. (Art. 1150) (5).

Et dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier, et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. (Art. 1151) (6).

Le principe que les dommages-intérêts se composent de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, reçoit encore quelques autres modifications, que nous développerons après avoir analysé les dispositions ci-dessus.

471. Puisque le créancier doit être indemnisé de la perte qu'il a éprouvée et du gain dont il a été privé par suite de l'inexécution de l'obligation, il résulte de là qu'il doit, en général, justifier de cette perte et de cette privation de gain. Il est demandeur, le fardeau de la preuve pèse sur lui : il ne serait donc pas écouté, s'il se bornait à demander une somme de... pour ses dommages-intérêts, et à dire qu'il les estime à cette somme; il doit les demander par *état*, et justifier, si le défendeur l'exige, des dires portés en l'état:

(1) Code de Hollande, art. 1648.

(2) *Voyez* sur ce point, et sur plusieurs autres, la différence importante qui existe entre la vente d'un droit d'usufruit et le contrat de louage, au tome IV, n° 472.

(3) Code de Hollande, art. 1282.

(4) C'est la définition qu'en donne le jurisconsulte Paul : *quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*. L. 13, ff. *Ratam rem hab.*

Justinien avait décidé, par la loi *unique*, Cod., *de Sentent. quæ pro eo quod interest*, que les dommages-intérêts, *in certis casibus*, c'est-à-dire, comme l'explique Dumoulin (*tract. de eo quod interest*, n° 42 *et seq.*), lorsqu'ils ne se rapportent qu'à la chose qui a fait l'objet de l'obligation, ne seraient point taxés au delà du double de la valeur de cette chose, y compris cette valeur. Mais cette décision n'a pas été suivie dans notre ancienne jurisprudence française, et elle n'est d'aucune autorité sous le Code. *Voyez* au surplus Pothier, *des Obligations*, nos 164 et suivants.

(5) Code de Hollande, art. 1283.

(6) Ibid., art. 1284.

sauf les cas où l'obligation se borne au payement d'une certaine somme, cas dans lesquels le créancier a droit aux dommages-intérêts fixés sur le pied de l'intérêt légal, sans être tenu de justifier d'aucune perte ni d'aucune privation de gain (art. 1153) (1), ainsi que nous l'expliquerons tout à l'heure.

Cependant, dans les cas où il est impossible de constater autrement la valeur de la chose demandée, le juge peut déférer le serment au créancier sur cette valeur; mais il doit alors déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle celui-ci en sera cru sur son serment. (Art. 1369) (2).

472. Quand ce n'est point par son dol que le débiteur n'a pas exécuté l'obligation, ou l'a mal exécutée ou l'a exécutée tardivement, il n'est tenu, avons-nous dit, à titre de dommages-intérêts, que de la perte et de la privation de bénéfice éprouvées par le créancier et qui ont été prévues ou qu'on a pu raisonnablement prévoir lors du contrat. Ainsi, dans le cas de vente faite de bonne foi de la chose d'autrui, si l'acheteur est évincé, le vendeur, indépendamment de la restitution du prix et des autres objets énumérés à l'art. 1630 (3), lui doit indemnité pour la plus value qu'a éprouvée la chose vendue, même sans le fait de l'acheteur (art. 1633) (4); car cette augmentation de valeur a pu être prévue lors du contrat. D'ailleurs, les chances de dépréciation étaient à la charge de l'acheteur; donc il doit profiter de l'accroissement de valeur, s'il y en a. Le vendeur doit aussi lui rembourser, ou lui faire rembourser par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il a faites au fonds (art. 1635) (5). Le propriétaire n'est tenu lui-même de les rembourser que jusqu'à concurrence de la plus value qu'en a éprouvée le fonds (art. 555) (6), mais le vendeur doit le surplus, parce que c'est un dommage qu'on a pu prévoir lors du contrat; tandis qu'il ne devrait lui rembourser les dépenses voluptuaires et de pur agrément, qu'autant qu'il aurait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui (art. 1635); car ces dépenses n'ont pas été prévues et n'ont pu naturellement être prévues par le vendeur lors de la vente, du moins généralement. Mais si le vendeur était en effet de mauvaise foi, il devrait à l'acheteur le remboursement de ces mêmes dépenses, parce que bien qu'elles n'aient point été prévues lors du contrat, elles sont néanmoins une suite directe de ce contrat : elles n'ont eu lieu que parce qu'il y a eu vente, elles ont été faites *propter rem non habitam*. A cet égard, le vendeur n'est pas obligé d'après un consentement présumé; il l'est à raison de son dol : *sive velit, sive nolit,* comme disait Dumoulin.

473. Ainsi encore, celui qui a vendu une chose entachée de vices rédhibitoires qu'il ignorait, est bien tenu envers l'acheteur à la restitution du prix qu'il en a reçu, et au remboursement des frais occasionnés par la vente, mais il ne lui doit point d'autres dédommagements; tandis que s'il avait connu les vices, il lui devrait les dommages-intérêts pour le préjudice que ces vices auraient pu lui causer, pourvu que le préjudice fût une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation du vendeur, qui était d'agir de bonne foi. (Articles 1645, 1646, 1647, 1150 et 1151 analysés (7) et combinés, et L. 13 *princip.* ff. *de Act. empt. et vend.*

Par exemple, et c'est Pothier qui nous le fournit, si c'était un cheval morveux qui eût été vendu, que le vendeur eût connu le vice, et que l'acheteur, qui l'ignorait, eût mis ce cheval dans l'écurie où il met ses autres chevaux, qui sont venus à périr par l'effet de ce vice contagieux, le vendeur serait tenu non-seulement de la perte du cheval vendu, mais encore de la perte des autres chevaux de l'acheteur; car ce serait par suite de son dol que cette perte serait arrivée : elle serait une suite immédiate et directe de l'inexécution de son obligation, qui était d'agir de bonne foi. Et il importerait peu ici que la perte des chevaux de l'acheteur eût pu ou non être prévue par le vendeur lors de la vente; que celui-ci eût su ou non que l'acheteur avait d'autres chevaux, et qu'il allait ou non mettre celui qu'il achetait dans la même écurie avec ces autres chevaux : le vendeur qui agit par dol, encore une fois, n'est

(1) Code de Hollande, art. 1286.
(2) Ibid., art. 1979.
(3) Ibid., art. 1532.
(4) Ibid., art. 1534.
(5) Code de Hollande, art. 1535.
(6) Ibid., art. 658 et 659.
(7) Ibid., art. 1544, 1545, 1546, 1283 et 1284.

point obligé par l'effet d'un consentement tacite, il l'est par son dol, pourvu que le préjudice souffert soit une suite directe et immédiate de l'inexécution de ses obligations. Or, c'est ce qui a lieu dans l'espèce, puisque c'est l'achat de ce cheval morveux qui est cause de la perte des chevaux de l'acheteur, perte que celui-ci n'a pu éviter, parce qu'il ignorait le vice dont était infecté ce cheval, et qu'il est d'usage de mettre des chevaux ensemble. C'est le cas d'appliquer l'art. 1645 (1), qui porte que, « si le vendeur a « connu les vices de la chose vendue, il est tenu, « outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de « tous les dommages-intérêts envers l'acheteur; » ce qui ne peut pas s'entendre seulement des frais occasionnés par la vente, puisque, d'après l'article 1646, le vendeur même de bonne foi doit les restituer; mais ce qui doit s'entendre aussi des pertes que les vices de la chose ont pu causer à l'acheteur dans ses autres biens, quand ces pertes, comme dans l'espèce, sont une suite directe et immédiate du contrat, ou pour mieux dire, du dol du vendeur. Telle est aussi la décision formelle d'Ulpien dans la loi 13, *princip.*, ff. *de Act. empt. et vend.* précitée.

La distinction est d'ailleurs bien marquée dans les articles 1150 et 1151. Le premier de ces textes ne rend, il est vrai, le débiteur passible que des dommages-intérêts seulement qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat; mais c'est *lorsque ce n'est pas par son dol que l'obligation n'a point été exécutée*, ou ne l'a pas été comme elle devait l'être; tandis que le second, qui statue sur le cas où le débiteur est de mauvaise foi, ne limite pas les dommages-intérêts à ceux-là seulement qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, puisque autrement le débiteur ne serait pas traité plus rigoureusement dans le cas où il est de mauvaise foi, que dans le cas contraire, ce qui serait absurde; il a seulement pour objet, cet article, de mettre des bornes à la condamnation aux dommages-intérêts, dans l'hypothèse où le débiteur est de mauvaise foi, parce qu'on aurait pu croire qu'il devait réparer tout le préjudice souffert par le créancier, même indirectement, d'une manière éloignée, et par l'enchaînement successif de diverses circonstances qui lui sont devenues plus ou moins funestes; et c'est ce que n'a pas voulu le législateur, et avec raison.

(1) Code de Hollande, art. 1544.

474. Par exemple, continue Pothier, si, après avoir perdu mes chevaux par l'effet de la contagion causée par celui qui m'a été vendu, et n'ayant pas le moyen d'en acheter d'autres, j'ai négligé de labourer mes terres, de les ensemencer, et que, par suite de ce défaut de culture, il m'ait été impossible de remplir mes engagements; que j'aie éprouvé des frais, des saisies, etc., etc., je ne pourrai pas réclamer du vendeur des indemnités pour toutes ces pertes, car elles ne sont point une suite directe et immédiate de l'inexécution de ses obligations : elles ont eu lieu par suite de la pénurie où je me suis trouvé, et qui m'a empêché d'acheter d'autres chevaux, ou peut-être aussi de ma négligence, choses entièrement étrangères au contrat.

475. Si me croyant propriétaire d'une maison, je vous en passe bail pour y former un établissement public, qui exige des dépenses d'embellissement, et autres, ou pour y exercer votre profession, qui m'est connue, et que vous soyez expulsé par le véritable propriétaire qui est venu m'évincer, je dois vous indemniser, dit Pothier, non-seulement d'une partie du prix du loyer, si vous avez été obligé d'en payer un plus cher proportionnément, mais encore des frais de votre déménagement anticipé (en calculant toutefois cette indemnité dans des proportions convenables), et des dépenses que vous avez été obligé de faire pour exercer votre état, et qui seraient perdues pour vous; sauf à prendre en considération l'utilité que vous avez déjà retirée de ces dépenses pendant le temps dont vous avez joui de la maison.

Pothier pense aussi que la perte des pratiques du locataire doit être prise en considération, attendu, dit-il, que c'est un dommage qui a pu être prévu lors du contrat. Selon nous, les juges devraient être très-circonspects dans la fixation des dommages-intérêts pour cet objet, parce que l'achalandage d'un établissement public dépend de tant de circonstances, la plupart étrangères au contrat passé entre un locateur et un locataire, que, dans la plupart des cas, la création et la perte de cet achalandage n'ont guère

pu être prévues, du moins dans toute leur étendue, lors du contrat, et que d'ailleurs la perte des pratiques peut très-bien résulter d'autres causes que d'un changement de local. Mais dans ce cas, comme dans tant d'autres, les circonstances détermineraient les tribunaux.

Que l'on suppose, au surplus, que j'aie loué, toujours de bonne foi, cette maison à un homme qui n'exerçait pas la profession qu'il y a depuis exercée, et qui ne m'avait pas prévenu que c'était pour y faire un établissement qui exigeait des dépenses : s'il a fait ces dépenses et que je sois évincé et lui expulsé, je lui devrai bien une indemnité à raison de son déménagement anticipé, ainsi qu'à raison de la différence qu'il pourrait y avoir, proportion gardée, entre le prix auquel il serait obligé de payer le loyer d'une autre maison et celui auquel je lui avais loué celle que je possédais, mais je ne lui devrai point d'indemnité pour les dépenses d'embellissement et de commodité qu'il a pu faire; car je ne les ai pas prévues lors du contrat.

Voilà pour les cas où j'étais de bonne foi, ignorant qu'un autre fût propriétaire de la maison louée et que le locataire pût en être expulsé avant la fin du bail.

Et la bonne foi est toujours présumée ; c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. (Art. 2268) (1).

476. Si l'on suppose, au contraire, toujours dans la même espèce, que j'étais de mauvaise foi, il n'est pas nécessaire, à la vérité, pour que vous puissiez obtenir des dommages-intérêts à raison de telle ou telle perte que vous auriez éprouvée, que cette perte ait été prévue ou qu'on ait pu la prévoir lors du contrat : le rapprochement des art. 1150 et 1151 le démontre clairement. Mais comme il faut du moins pour cela que la perte soit une suite directe et immédiate de l'inexécution de mon obligation, je serai bien tenu des dédommagements dont on vient de parler, mais je ne saurais être condamné à vous indemniser de la perte des choses que vous auriez éprouvée dans votre déménagement anticipé; car ce dommage n'est point une suite directe et immédiate de l'inexécution de mon engagement. Pothier *des Oblig.*, n° 161.

Mais, dans le cas même où j'aurais ignoré au moment du bail que vous preniez la maison pour y faire tel ou tel établissement, je ne serais pas moins tenu de vous indemniser des dépenses que vous auriez faites pour exercer votre état, et dont vous ne profiteriez pas par suite de votre expulsion, bien que je n'aie pu, dans l'espèce, prévoir cette perte. Dumoulin, *Tract. de eo quod interest*, n° 155, et Pothier après lui, n° 166, décident que, même dans ce cas, je serais tenu de la perte de vos pratiques, parce que celui qui commet un dol s'oblige *sive velit*, *sive nolit.*

477. Cependant, tout en assimilant, en général, l'impéritie d'un individu dans l'exercice de sa profession, à la faute grave, *quia is qui profitetur artem, quoque peritiam profiteri censetur,* ces auteurs conviennent néanmoins que l'impéritie d'un artisan ne doit le faire condamner aux dommages-intérêts, que pour les pertes qu'il a dû raisonnablement prévoir, comme pouvant résulter de l'inexécution de son obligation, bien que, d'après les lois romaines, la grande faute, en matière civile, soit généralement assimilée au dol (2). Mais c'est que l'impéritie d'un individu, même dans l'exercice de sa profession, n'est pas toujours une faute de la nature de celles que les jurisconsultes romains assimilaient à la mauvaise foi : il y a beaucoup de degrés dans l'impéritie. Et d'ailleurs, ce n'est pas dans tous les cas que, selon les lois romaines elles-mêmes, la faute qu'elles appellent grande faute, *magna culpa,* est assimilée au dol, même dans les effets simplement pécuniaires.

Ainsi, dit Pothier, si un charpentier m'a vendu de mauvais étais pour soutenir un bâtiment qui menaçait ruine, et que le bâtiment se soit écroulé par suite de la mauvaise qualité ou de la faiblesse des étais, le vendeur doit bien être tenu de réparer le tort que j'ai éprouvé, mais seulement en ce qui concerne la destruction du bâtiment, qu'on aurait pu prévenir par de meilleurs étais, sans que l'indemnité doive s'étendre à la perte des meubles et autres objets qui ont pu périr dans la

(1) Code de Hollande, art. 2002.

(2) *Magna negligentia culpa est; magna culpa, dolus est.* L. 226, ff. *de Verb. oblig.*

ruine, à moins cependant que le vendeur ne se fût chargé expressément de ce risque. C'est aussi le sentiment de Dumoulin, *Tract. de eo quod interest*, n°s 63 et 64.

478. Ces auteurs décident toutefois que, si un entrepreneur avec lequel j'ai fait marché pour me construire une maison, a si mal exécuté les travaux que la maison s'est écroulée (1), cet entrepreneur me doit même la réparation du tort que j'ai pu éprouver dans mes meubles. Nous adoptons cette décision, mais nous ne pouvons également adopter celle qu'ils portent sur le cas suivant.

479. Si un charpentier, disent-ils, m'a vendu de mauvais étais ou des étais trop faibles pour soutenir tel bâtiment qui lui a été désigné, que j'aie employé ces étais à soutenir un autre bâtiment, plus considérable que le premier, et que ce bâtiment soit venu à s'écrouler, je ne pourrai, il est vrai, demander la réparation du dommage que j'ai éprouvé par suite de la ruine qui a eu lieu, mais je pourrai obtenir une indemnité pour toute la valeur de l'autre bâtiment : attendu, disent ces auteurs, que le charpentier, en me vendant les étais pour soutenir ce dernier bâtiment, est censé avoir consenti à me garantir de sa ruine, et que les étais qu'il m'a vendus étaient impropres à cela.

Cette décision, selon nous, ne repose que sur une abstraction, puisqu'on ne peut dire que le vice des étais m'a réellement causé un préjudice, ne les ayant point employés au soutien du bâtiment auquel ils étaient destinés. Il y a simplement lieu, dans notre opinion, à l'action rédhibitoire, ainsi que le dit Pothier lui-même, pour le cas où une personne qui n'est point censée, par sa profession, connaître le vice de la chose vendue, et qui, en effet, ne l'aurait point connu, m'aurait vendu des pièces de bois que j'aurais employées à étayer un bâtiment dont ils n'auraient point empêché la ruine, à cause de leur mauvaise qualité, cas dans lequel la loi 13, *princip.* ff. *de Act. empt. et vend.* précitée, veut simplement que le vendeur, s'il était de bonne foi, paye à l'acheteur, à titre de dommages-intérêts, une somme égale à celle que ce dernier aurait donnée de moins dans le prix des pièces de bois, s'il en eût connu les vices.

Mais si celui qui a vendu des pièces de bois pour construire un bâtiment a connu lui-même les vices dont ces bois étaient infectés à l'intérieur, et n'en a pas averti l'acheteur, ce même texte décide qu'il doit une complète indemnité du préjudice causé par la ruine du bâtiment auquel elles étaient destinées ; ce qui comprendrait par conséquent aussi la perte des meubles arrivée dans la ruine.

Cela souffrirait moins de difficulté dans le cas où ce serait un marchand de ces sortes d'objets, ou un charpentier, qui aurait vendu sciemment les bois, connaissant bien d'ailleurs leur destination.

480. Il n'est pas de matière plus abstraite que celle relative aux dommages-intérêts ; aussi la loi n'a-t-elle pu tracer que des principes généraux, en s'en remettant à la sagesse des tribunaux pour leur application, selon les circonstances et les faits de la cause.

481. Et quoiqu'elle établisse que les dommages-intérêts sont, en général, de la perte que le créancier a éprouvée et du gain dont il a été privé, néanmoins le juge doit être plus réservé à en accorder de considérables pour le gain manqué, que pour la perte réellement éprouvée : le *lucrum cessans* est généralement moins susceptible d'exciter sa sollicitude, que le *damnum immergens*, et c'est en cette matière que trop de rigueur dégénérerait souvent en injustice : *Summum jus, summa injuria.* Tel est le sentiment commun des auteurs.

Dans le doute, on réduit même les dommages-intérêts à une petite somme : *et ad exiguam summam deducitur*. L. 11, ff. *de Prætor. stipul.*

482. Il faut, au reste, remarquer que la question de perte éprouvée et de privation de gain étant une question de *fait*, le jugement ou l'arrêt qui la décide, et qui fixe en conséquence les dommages-intérêts, est, sous ce rapport, hors du domaine de la Cour de cassation. La décision

(1) Dans le temps pendant lequel l'ouvrier devait répondre des constructions d'après les règles sur le louage d'ouvrage, temps qui est de dix années suivant le Code. (Art. 1792 et 2270.)

du magistrat peut bien, à cet égard, contenir un *mal jugé*, mais c'est seulement en appel que ce mal jugé peut être réformé et encore si le jugement est susceptible d'appel. Il n'y aurait d'exception à cette règle que dans les cas où la loi elle-même ayant fixé les dommages-intérêts, ainsi qu'elle l'a fait à l'égard des obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les tribunaux s'écarteraient de sa décision ; car alors ce serait une violation de la loi. Ce serait aussi une violation de la loi si les parties ayant réglé elles-mêmes le montant des dommages-intérêts, le juge en accordait de plus forts ou de moindres ; car il contreviendrait à la décision de l'article 1152 (1), ainsi conçu : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de « l'exécuter payera une certaine somme à titre « de dommages-intérêts, il ne peut être alloué « à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »

483. Comme le créancier, pour obtenir ses dommages-intérêts, est obligé de justifier de la perte qu'il a éprouvée et du gain dont il a été privé, par suite de l'inexécution de l'obligation, ce qui souvent est fort difficile (2), et que, dans les obligations de faire, il ne peut contraindre précisément le débiteur à faire la chose promise, ni, dans beaucoup de cas, l'empêcher de faire ce qui lui est interdit, il arrive fréquemment, pour prévenir ces inconvénients, que les parties conviennent d'une certaine somme pour tenir lieu des dommages-intérêts, traitant à cet égard comme à forfait (3). C'est une loi qu'elles se font, qu'elles doivent par conséquent observer (art. 1134) (4), et à laquelle le juge, par la même raison, ne peut rien changer, quand bien même le créancier établirait clairement qu'il a éprouvé une perte plus considérable que la somme convenue, ou que le débiteur offrirait de prouver que le préjudice est beaucoup moindre (5) ; sauf ce qui va être dit, pour le cas où cette convention interviendrait dans une obligation de somme ou de choses qui se consomment par l'usage, et qu'elle fixerait pour dommages-intérêts, en cas d'inexécution, une somme qui excéderait sensiblement le taux de l'intérêt qu'il est permis de stipuler.

484. La convention dont il s'agit n'est rien autre chose, en général, qu'une clause pénale ; car, comme celle-ci (art. 1229) (6), elle est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation (1152) (7) : d'où il suit, 1° que si l'engagement avait été exécuté en partie, le juge pourrait réduire la somme convenue (art. 1231) (8) ; 2° que si l'obligation principale était nulle, la clause relative à la somme serait pareillement nulle (article 1227) (9), puisqu'il ne peut d'ailleurs être dû de dommages-intérêts pour avoir manqué d'exécuter une obligation nulle, quand le débiteur n'a commis aucune fraude ; 3° que le créancier, au lieu de demander la somme stipulée contre le débiteur en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale (article 1229) (10), mais, 4° qu'il ne peut demander tout à la fois le principal et la somme, à moins qu'elle n'eût été stipulée pour le simple retard. (*Ibid.*)

485. Toutefois ce que nous disons, que le créancier peut demander l'exécution de l'obligation principale, au lieu de la somme, n'est vrai qu'autant que les parties, en convenant de cette somme à titre de dommages-intérêts, ont eu seulement en vue de fixer par là le montant de ces dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation principale, mais sans vouloir porter d'ailleurs atteinte aux droits qui résultaient, pour le créancier, de cette même obligation ; en un mot, qu'autant qu'elles ont stipulé la somme dans

(1) Code de Hollande, art. 1285.

(2) *Plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque interest.* L. 11, ff. *de Præstoriis stipul.*

(3) *In hujusmodi stipulationibus quæ quanti res est promissionem habeat, commodius est certam summam comprehendere. Dict. lege* 11, et § 7, Instit., *de Verb. oblig.*

(4) Code de Hollande, art. 1374.

(5) Anciennement, le créancier ne pouvait, il est vrai, demander une somme plus forte que celle qui avait été convenue, quoiqu'il offrît de prouver que le préjudice par lui souffert était beaucoup plus considérable, mais le débiteur pouvait faire réduire la somme stipulée, s'il prouvait que le préjudice était moindre. Le Code s'est attaché à la loi que les parties se sont faite elles-mêmes. *Vide* Pothier, *des Obligations*, nos 345 et suivants.

(6) Code de Hollande, art. 1343.

(7) Ibid., art. 1285.

(8) Ibid., art. 1345.

(9) Ibid., art. 1341.

(10) Ibid., art. 1343.

l'esprit d'une véritable clause pénale, qui, de sa nature, loin de porter atteinte à l'obligation principale, loin d'en faire novation, n'est ajoutée, au contraire, que pour en assurer plus pleinement l'exécution, par la crainte qu'elle inspire au débiteur de subir la peine convenue (1).

Mais si, au contraire, les parties ont entendu, par la clause, non-seulement traiter, comme à forfait, du montant des dommages-intérêts, mais encore convertir l'obligation elle-même en cette somme, au cas où le débiteur ne l'exécuterait pas, laissant cette exécution à son libre arbitre, au moyen de la somme promise, alors la convention relative à la somme n'est plus, à proprement parler, une clause pénale, et le créancier ne peut pas, en négligeant de demander cette somme, demander l'exécution de l'obligation principale, quand bien même elle serait de nature à être exécutée par un autre que par le débiteur, qui se refuserait à la remplir, ou qu'il s'agirait de livrer une chose que le créancier pourrait facilement se faire livrer par voie de saisie ou autrement. La clause alors emporte éventuellement novation, c'est-à-dire au cas où le débiteur ne ferait pas la chose promise.

Le jurisconsulte Paul, dans la loi 44, § 6, ff. *de Verb. oblig.*, établit ce principe d'une manière fort claire : il suppose que j'ai stipulé de vous que vous me construirez un navire, et que dans le cas où vous ne le construiriez pas, vous me payeriez cent : *Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum.* Il se demande s'il y a là deux stipulations : une pure et simple, l'autre conditionnelle (la dernière pour le cas où la première ne recevrait pas son exécution); ou bien plutôt si la première ne s'est pas confondue dans la seconde, par une sorte de novation, de manière que le créancier ne pourrait exiger que l'exécution de celle-ci, c'est-à-dire les cent : *Videndum utrum duæ stipulationes sint, pura, et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat?* Et il décide dans ce dernier sens : *Quod magis verum est.*

Donnellus, sur la loi : *Ita stipulatus*, 115, ff. *de Verb. oblig.*, n° 31, dit, en analysant le § 7, aux Institut. *de Verb. oblig.*, que, lorsqu'à une stipulation de faire l'on a ajouté une peine pour le cas où le débiteur ne ferait pas la chose, l'on doit facilement présumer que les parties ont entendu faire une novation conditionnelle de l'obligation principale, pour le cas où le débiteur ne l'exécuterait pas, et en conséquence que le créancier doit se contenter de la peine. La décision de cet auteur est sans doute trop générale, il s'est laissé dominer sur ce point, comme l'observe Vinnius (2), par quelques textes du droit antérieur à Justinien, qui, par la loi dernière au Code, *de novationibus*, a établi au contraire que la novation ne se présumerait pas; qu'elle ne résulterait que d'une déclaration des parties (3). D'ailleurs, il est plus vrai de dire que, même dans le droit antérieur à Justinien, les clauses pénales, en général, n'emportaient point novation de l'obligation principale.

Mais, dans l'espèce de la loi 44 ci-dessus citée, il nous paraît que la décision de Donnellus est tout à fait conforme à celle du jurisconsulte romain, et qu'elle devrait être suivie dans notre droit, toutes les fois du moins qu'il ne résulterait pas des termes de l'acte et des circonstances particulières de la cause, que les parties, par la convention d'une somme à titre de dommages-intérêts, en cas d'inexécution, ont simplement entendu ajouter une clause pénale à une obligation principale, pour en assurer plus pleinement l'accomplissement. Et, dans les obligations de faire ou de ne pas faire, on inclinerait plutôt, dans le doute, pour la conversion de l'obligation principale en la somme, au cas où le débiteur n'exécuterait pas, parce qu'on pourrait facilement penser que, sachant qu'il ne pouvait être précisément contraint à faire, il a voulu par là régler ce qu'il devrait d'indemnité, au cas où il ne lui conviendrait pas d'exécuter l'obligation *in specie*. Et,

(1) L. 10, § 1, ff. *de Pactis.*; L. 115, *princip. in fine.*, ff. *de Verb. oblig.*; L. 122, § 2, *eod. tit.*; LL. 41, 42 et 71, ff. *pro Socio*; L. 28, ff. *de Act. empti et venditi*; et enfin art. 1228 du Code civil.

(2) Sur le § 7, Instit. *de Verb. oblig.*

(3) Suivant le Code civil, il n'est pas de rigueur que les parties déclarent expressément vouloir faire novation, mais il faut du moins que leur intention de l'opérer résulte clairement de l'acte (art. 1273); et c'est même généralement ainsi que l'on appliquait la décision de Justinien dans notre ancienne jurisprudence.

dans les obligations de donner, ce serait le contraire : on pencherait de préférence pour voir dans la convention de la somme une simple clause pénale, qui n'empêcherait pas le créancier de demander l'exécution de l'obligation principale, au lieu de la somme convenue; car, dans ces obligations, l'exécution *in specie* peut généralement être obtenue sans gêner le débiteur dans sa liberté. Ce serait au surplus un point à apprécier par le juge, qui se déterminerait par les termes de l'acte, et même aussi par les circonstances de la cause.

486. Du reste, cette convention ne rend point par elle-même l'obligation alternative, comme elle le serait s'il était dit : *Promettez-vous de me donner tel cheval, ou telle somme?* D'où il suit que si, dans les cas dont nous venons de parler, la chose promise venait à périr par un événement de force majeure, avant que le débiteur fût en demeure, celui-ci ne devrait pas la somme convenue à titre de dommages-intérêts ; car elle n'a point été purement et simplement comprise dans l'obligation; elle ne l'a été qu'éventuellement, et seulement pour tenir lieu des dommages-intérêts en cas d'inexécution ; or les dommages-intérêts ne sont dus que par le débiteur qui n'a point rempli son engagement par sa faute (art. 1148) (1), ce qui n'a pas lieu dans notre espèce. Tandis que si l'obligation était alternative, comme elle comprendrait les deux choses, la perte de l'une d'elles, même par cas fortuit, ne dispenserait pas le débiteur de livrer l'autre. (Art. 1393) (2).

487. Nous avons dit que, selon l'art. 1152, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre; mais nous avons ajouté que le principe reçoit quelques restrictions dans les cas d'obligations de somme ou de choses qui se consomment par l'usage.

A la vérité, pour les contrats qui ont eu lieu avant la loi du 3 septembre 1807, et sous l'empire de la disposition du Code qui portait que « l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la « loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas, « (art. 1907), » cet art. 1152 a dû être appliqué dans toute sa teneur, même aux cas d'obligations de somme et dans les prêts quelconques ; car la loi permettant alors aux parties de convenir d'un intérêt supérieur à l'intérêt légal, sans même fixer aucune borne à leur convention à ce sujet, elles ont pu, par la même raison, convenir, sous le nom de dommages-intérêts, d'une somme qui excédait le taux de cet intérêt. La disposition de l'art. 1153 (3) portant que « dans les obliga- « tions qui se bornent au payement d'une certaine « somme, les dommages-intérêts résultant du « retard dans l'exécution ne consistent jamais « que dans la condamnation aux intérêts fixés par « la loi, sauf les règles particulières au commerce « et au cautionnement, » n'était point un obstacle à la validité de la convention, quelle qu'eût été la somme stipulée à titre de dommages-intérêts ; car cet article statuait évidemment dans la supposition qu'il n'y avait pas eu de convention entre les parties pour en régler le montant ; autrement il eût présenté une contradiction frappante de principes avec l'art. 1907, qu'on ne peut pas supposer. D'ailleurs cet article 1153 porte, dans sa dernière disposition, que les dommages-intérêts dont il parle, c'est-à-dire les intérêts, ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. Or, cela ne peut pas être entendu des dommages-intérêts réglés entre les parties par une convention, puisque cette clause, d'après l'art. 1152, devait être exécutée selon sa teneur.

488. Mais depuis la loi du 3 septembre 1807, qui a fixé le taux de l'intérêt conventionnel à cinq pour cent sans retenue, en matière civile, et à six en matière de commerce, il n'a plus été permis, du moins généralement, dans les obligations de somme ou de choses qui se consomment par l'usage, consenties pour prêt ou autre cause, de convenir, à titre de dommages-intérêts ou à titre de peine, n'importe, d'une somme qui excéderait sensiblement le taux de l'intérêt conventionnel tel qu'il est fixé par la loi : de semblables conventions

(1) Code de Hollande, art. 1281.
(2) Ibid., art. 174 et 208.
(3) Code de Hollande, art. 1286.

ne serviraient qu'à déguiser une usure prohibée. Seulement, dans certains cas, et à raison des circonstances particulières de l'affaire, les parties peuvent licitement convenir d'une peine fixée à telle somme, pour le cas où le débiteur ne remplirait pas son engagement au jour marqué par la convention, quoique cette somme excédât le taux de l'intérêt ordinaire. Par exemple, si je stipulais de vous une somme payable à telle époque, pour pouvoir exercer un réméré, ou prévenir une contrainte par corps, ou empêcher qu'une clause pénale ne vînt à se vérifier contre moi, etc., etc., et qu'en vous donnant connaissance de ces circonstances, je stipulais en même temps une peine pour le cas où vous ne rempliriez pas votre engagement, cette peine, quoiqu'elle excédât le taux ordinaire de l'intérêt, serait valablement convenue, parce qu'elle ne serait point une usure déguisée, mais seulement la garantie d'un danger que j'ai voulu prévenir, et dont vous avez consenti à prendre les risques sur vous. C'est ce que nous expliquerons d'ailleurs plus en détail en traitant des clauses pénales proprement dites.

Mais, en thèse générale, les conventions dont il s'agit maintenant, insérées dans des obligations qui ont pour objet le payement d'une certaine somme, ou une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, pourraient facilement être usuraires; et si elles l'étaient en effet, elles seraient réductibles à la mesure du taux de l'intérêt permis.

« Il reste à observer, dit Pothier dans son « traité *des Obligations*, nº 346, que si la peine « qui tient lieu de dommages-intérêts ordinaires « est réductible (1) lorsqu'elle est excessive, à « plus forte raison les peines stipulées en cas de « défaut de payement d'une somme d'argent ou « autre chose qui se consomme par l'usage, « doivent-elles être réduites au taux légitime des « intérêts dont elles tiennent lieu, ou même en- « tièrement rejetées, dans les cas où il n'est pas « permis d'en stipuler (2). »

Vinnius, sur le § 7, *Instit. de Verb. oblig.* s'exprime ainsi sur ce point : *Monendi sumus, stipulationem pœnalem, adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit;* et il cite à ce sujet les lois 9 et 44; *princip.* ff. *de Usuris* (3); 15, Cod., *eod. tit.* (4), et 13, § 26. ff. *de Act. empt. et vend.* (5); Papon, liv. 12, tit. 9; Charondas, *lib.* 6, *Resp.* 69, et Imbert, *Enchirid.*, vº *pœn. conventionalis.*

Combien, en effet, ne serait-il pas facile de se jouer de la loi prohibitive des intérêts usuraires! On prêterait à un terme fort court, et l'on stipulerait qu'à défaut de payement au jour et au lieu fixé, et par la seule échéance du terme (ce qui constituerait le débiteur en demeure, art. 1139), l'emprunteur payerait, à titre de peine ou à titre de dommages-intérêts, n'importe, une somme de deux ou trois pour cent pour chaque mois de retard. Pressé par ses besoins, et ayant peut-être l'espoir de rembourser au jour fixé, l'emprunteur souscrirait à tout; mais ne pouvant ensuite se libérer promptement, il serait écrasé par l'effet d'une pareille clause. Vainement dirait-on que ce cas diffère de l'usure proprement dite, en ce que le débiteur peut s'affranchir de l'effet de la clause en payant au jour fixé; car qui ne sait combien ceux qui sont réduits à emprunter sont souvent dans l'impuissance de rembourser au temps convenu. La clause pourrait encore être plus facilement usuraire, si, comme dans les cas décidés par les lois romaines ci-dessus citées, la somme convenue à titre de peine ou de dommages-intérêts était stipulée pour le seul défaut de payement au jour fixé, et non pas comme devant seulement s'ac-

(1) Ce qui a été rejeté en principe par l'art. 1152.

(2) Ces cas étaient ceux de prêt de consommation. Mais aujourd'hui on peut stipuler des intérêts dans le contrat de prêt comme dans les autres; seulement, l'intérêt ne doit pas excéder cinq pour cent en matière civile, et six en matière de commerce.

(3) Ainsi conçues : *Pecuniæ fœnebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum, in altero tanto supra modum legitimæ usuræ respondi non tenere : quare pro modo cujuscumque temporis, superfluo detracto, stipulatio vires habebit.*

Pœnam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.

(4) *Cum allegas uxorem tuam ea conditione mille aureorum quantitatem sumpsisse;* UT SI INTRA DIEM CERTUM DEBITO SATIS NON FECISSET, CUM POENA QUADRUPLI REDDERET, QUOD ACCEPIT; *juris forma non patitur, lege contractus istius ultra pœnam legitimarum usurarum posse procedere.*

(5) *Ibidem Papinianus respondisse se refert : si convenerit,* UT AD DIEM PRETIO NON SOLUTO, VENDITORI DUPLUM PRÆSTARETUR, *in fraudem constitutionem videri adjectum, quod usuram legitimam excedit, diversamque causam commissoriæ esse ait, cum ea specie (inquit) non fœnus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improba dicatur.*

croître en raison du plus ou moins de retard apporté à l'exécution de l'obligation principale. Mais dans tous les cas où il y a usure, cachée ou patente, elle doit être réprimée.

489. « Dans les obligations qui se bornent au « payement d'une certaine somme, dit l'article 1153 (1), les dommages-intérêts résultant « du retard dans l'exécution ne consistent jamais « que dans la condamnation aux intérêts fixés « par la loi; sauf les règles particulières au com- « merce et au cautionnement.

« Ces dommages-intérêts sont dus sans que le « créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

« Ils ne sont dus que du jour de la demande, « excepté dans les cas où la loi les fait courir de « plein droit. »

Nous avons démontré plus haut que, tant que l'art. 1907 (2) a été en vigueur, la disposition principale de l'art. 1153 n'était point applicable aux cas où les parties avaient elles-mêmes fixé les intérêts par la convention; mais que depuis la loi du 3 septembre 1807, cette disposition a dû être suivie, sauf les cas particuliers dans lesquels la clause ne serait point une usure déguisée, et dont nous avons donné quelques exemples.

490. La difficulté de pouvoir fixer les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation qui a pour objet une somme; leur immensité même, lorsque ce retard a occasionné la vente des biens du créancier, la perte de son crédit, sa faillite même, ont motivé la disposition qui les fixe au montant de l'intérêt légal, c'est-à-dire à cinq pour cent en matière civile, et à six en matière de commerce. Loi du 3 septembre 1807, précitée.

Mais si le créancier n'est pas toujours suffisamment indemnisé par le payement de l'intérêt légal, du moins il a un avantage, c'est de n'être pas tenu, comme dans les cas ordinaires, de justifier de la perte qu'il a éprouvée ou du gain dont il a été privé par l'effet du retard dans l'exécution de l'obligation; car cette justification n'eût pas été sans difficulté dans beaucoup de cas. La loi a établi, à cet égard, une présomption, qui n'a d'ailleurs rien de bien funeste pour le débiteur, puisqu'en principe les intérêts ne courent contre lui que du jour de la demande, et qu'il peut ainsi les éviter en payant sa dette.

491. La première disposition de l'art. 1153 apporte deux exceptions à la règle qu'elle consacre, savoir : dans les matières de commerce, et dans le cas de cautionnement; mais l'on doit y ajouter celui de société, même non commerciale; car, suivant l'art. 1846 (3), si l'associé qui devait apporter une somme dans la société, ne l'a point fait, il devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée, *sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.*

Le débiteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre qui ne s'acquitte point à l'échéance, doit, indépendamment des intérêts, le coût du rechange, les frais de protêt, courtage, timbre et ports de lettre. (Art. 178, 181 et 187 du Cod. de comm.)

Et indépendamment aussi des intérêts des sommes qu'elle a déboursées pour le débiteur principal, la caution peut obtenir des dommages-intérêts, s'il y a lieu (art. 2028 (4); par exemple, si elle a subi une expropriation forcée, une saisie-exécution, ou si, étant contraignable par corps, la contrainte a été exercée contre elle, etc.

492. La dernière disposition de notre art. 1153 porte « qu'ils (ces dommages-intérêts, c'est-à- « dire les intérêts) ne sont dus que du jour de « la demande, excepté dans le cas où la loi les « fait courir de plein droit. »

On suppose ici que les intérêts n'ont point été stipulés, car s'ils l'avaient été il n'y aurait pas besoin d'une demande pour les faire courir; la convention opérerait cet effet (articles 1905 et 1154) (5). Or, ils ont pu être stipulés pour courir, ou à partir de la convention, ou à partir d'une époque déterminée, ou si tel événement arrive, ou enfin à l'échéance du terme pris pour le payement, au cas où il ne serait pas fait au jour fixé : dans tous les cas la convention devra

(1) Code de Hollande, art. 1286.
(2) Ibid., art. 1804.
(3) Ibid., art. 1846.
(4) Code de Hollande, art. 1876.
(5) Ibid., art. 1802 et 1287.

être observée, sauf les restrictions établies par les lois prohibitives de l'usure. Et à cet égard on suit la loi en vigueur au jour du contrat, parce que celle qui aurait apporté ou qui apporterait des changements, en ce qui concerne les intérêts, n'a pas ou n'aurait pas d'effet rétroactif. (Art. 2.)

Les intérêts courent aussi du jour de la citation en conciliation, pourvu que la demande soit formée dans le mois, à dater du jour de la non-comparution ou de la non-conciliation. (Art. 57, Code de procédure.)

493. Il est une multitude de cas où les intérêts courent de plein droit, par l'effet de la seule disposition de la loi, à partir des époques qu'elle détermine : elle met pour ainsi dire d'elle-même le débiteur en demeure, en le traitant à cet égard comme si réellement il était constitué en demeure par une demande.

Ils courent de plein droit dans les cas suivants :

Le reliquat du compte de tutelle emporte intérêt du jour de la clôture du compte. (Article 474) (1).

La constitution de dot (2) produit intérêt à compter du mariage contre ceux qui l'ont promise, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire (articles 1440 et 1548) (3), et la dot à restituer produit intérêt, au profit de la femme ou de ses héritiers, à partir de la dissolution du mariage. (Art. 1570) (4).

Les remplois et indemnités dus par la communauté aux époux, ou à la communauté par les époux, emportent intérêt du jour de sa dissolution. (Art. 1473) (5).

Les sommes qu'un associé a promis d'apporter à la société, ou celles qu'il a tirées de la société pour son avantage particulier, produisent intérêt du jour où il devait les verser, ou du jour où il les a employées pour son propre compte; sans préjudice, ainsi que nous l'avons déjà dit, de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu. (Article 1846) (6).

La caution a droit aux intérêts des sommes qu'elle a déboursées pour le débiteur, à partir du jour où elles ont été déboursées. (Art. 2028) (7).

Et l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû à dater du jour des avances constatées. (Art. 2001) (8).

Il en doit être de même des avances faites par le gérant d'affaires dont la gestion a été utile. (Art. 1372 et 1375 analysés et rapprochés de l'article 2001.)

Enfin, pour terminer, lorsque la chose vendue produit des fruits ou autres revenus, les intérêts courent de plein droit du jour où l'acheteur jouit de la chose. (Art. 1652) (9).

Il est encore quelques autres cas où les intérêts courent *ipso jure*, sans qu'il soit besoin d'une demande judiciaire, ni même d'une simple sommation.

494. L'art. 1154 (10) est ainsi conçu : « Les « intérêts échus des capitaux peuvent produire « des intérêts, ou par une demande judiciaire, « ou par une convention spéciale, pourvu que, « soit dans la demande, soit dans la convention, « il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une « année entière. »

Et l'article suivant modifie la dernière partie de cette disposition, en disant : « Néanmoins les « revenus échus, tels que fermages, loyers, ar- « rérages de rentes perpétuelles ou viagères, « produisent intérêt du jour de la demande ou de « la convention ; » ce qui doit nécessairement s'entendre même du cas où ces objets ne seraient pas dus pour une année entière, puisqu'autrement l'article serait inutile et que l'adverbe *néanmoins* n'exprimerait absolument rien.

« La même règle s'applique aux restitutions « de fruits et aux intérêts payés par un tiers en « acquit du débiteur. » (*Ibid.*) Les intérêts payés par un tiers sont aussi un capital déboursé par lui; et il y aurait lieu, dans le cas de mandat et de cautionnement, à appliquer les articles 2001 et 2012 (11).

(1) Code de Hollande, art. 471.

(2) Ce qui doit généralement s'entendre de la dot constituée en argent.

(3) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(4) *Idem.*

(5) *Idem.*

(6) Code de Hollande, art. 1663.

(7) Ibid., art. 1876.

(8) Ibid., art. 1846.

(9) Ibid., art. 1551.

(10) Ibid., art. 1287.

(11) Ibid., art. 1847 et 1858.

Mais il faut observer que, lorsqu'un tiers paye sans mandat ou sans être caution, mais seulement avec subrogation conventionnelle (art. 1250) (1), il ne peut répéter les intérêts des intérêts qu'il a payés, qu'autant que le créancier subrogeant eût pu les exiger lui-même.

495. La convention par laquelle on fait produire des intérêts aux intérêts s'appelle *anatocisme*. Anciennement elle était sévèrement interdite, même en matière de commerce. L'ordonnance de 1673, tit. 6, art. 2, portait : « Les négociants, « marchands et aucun autre, ne pourront pren- « dre l'intérêt de l'intérêt, sous quelque prétexte « que ce soit. »

Et pour mieux assurer l'effet de cette prohibition, l'article premier du même titre défendait aux négociants, marchands et autres, de comprendre l'intérêt avec le principal dans la lettre ou billet de change, ou autre acte.

Cependant, dans les comptes de tutelle, le calcul des intérêts dus au mineur se faisait par *échelette*, comme il se fait encore maintenant (2). Mais c'était un privilége en faveur des mineurs.

On pouvait aussi demander les intérêts dans les restitutions des fruits, mais non les intérêts des arrérages de rentes en argent. Cette différence tenait à ce que, disait-on, les fruits se reproduisent et peuvent donner d'autres fruits; tandis que l'argent ne produit pas de fruits ; c'est l'emploi qu'on en fait qui peut donner des bénéfices. Tout cela était assez subtil.

496. Aujourd'hui l'anatocisme est permis : il est d'ailleurs la conséquence assez naturelle de la faculté accordée par la loi civile de stipuler des intérêts dans toute obligation, même pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, soit d'autres choses mobilières (art. 1905) (3) ; tandis qu'anciennement, le prêt à intérêt était réputé usure, aussi bien d'après le droit civil que d'après les lois ecclésiastiques : ce qui avait amené les constitutions de rente en perpétuel, dans lesquelles on feignait que celui qui s'obligeait à servir la rente faisait vente de cette rente à l'autre partie moyennant une somme, qui était le prix de la constitution. Et comme il y avait aliénation à perpétuité du capital payé, on avait pensé que ce contrat différait du contrat de prêt à intérêt, dans lequel le créancier a le droit d'exiger le remboursement du prêt au terme expressément ou tacitement convenu.

497. Mais, tout en autorisant l'anatocisme, le Code n'a pas voulu toutefois qu'il devînt une source d'abus et d'usure multipliés propres à démoraliser les hommes avides, et à causer promptement la ruine des citoyens gênés dans leurs affaires. Ainsi, sauf les objets pour lesquels il est fait exception dans l'art. 1155 (4), et sauf aussi ce que nous allons dire tout à l'heure, il faut, pour que des intérêts puissent en produire à leur tour, qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière, et qu'il y ait convention spéciale à ce sujet, ou une demande judiciaire; en sorte qu'une sommation ou tout autre acte qui ne serait ni une convention ni une demande judiciaire serait insuffisant, quoiqu'il s'agît d'intérêts dus pour une année entière. La loi n'exige pas, au surplus, que les intérêts, qui s'acquièrent jour par jour (art. 584 et 586) (5), soient dus depuis plus d'un an pour pouvoir en produire; elle exige seulement qu'ils soient dus pour une année entière, c'est-à-dire pour une jouissance du capital pendant au moins une année, ce qui est bien différent.

498. Mais on peut demander si la convention n'est valable qu'autant qu'elle intervient à l'époque où les intérêts sont déjà échus; ou si l'on peut aussi, en faisant un prêt pour plusieurs années, convenir que, au lieu de payer les intérêts annuellement, le débiteur les gardera, à condition qu'ils produiront à leur tour des intérêts, pour le tout être restitué à l'époque fixée pour le remboursement.

On peut aussi demander si des intérêts échus et exigibles, mais dus pour moins d'une année de jouissance du capital, parce que le prêt, par exemple, n'aurait été fait que pour six mois, peuvent, par l'effet d'une convention intervenue à l'époque de l'exigibilité, produire à leur tour des intérêts ?

(1) Code de Hollande, art. 1437.
(2) *Voyez* ce qui a été dit à cet égard au tome III, n° 564.
(3) Code de Hollande, art. 1802.
(4) Code de Hollande, art. 1288.
(5) Ibid., art. 809 et 810.

499. On peut faire ainsi l'espèce de la première question : je vous prête 100,000 francs pour quatre ans, à cinq pour cent d'intérêt par année, et nous convenons que les 5,000 francs d'intérêts dus au bout de la première année se convertiront en un capital qui produira lui-même aussi intérêt au même taux et pour chaque année, et ainsi de suite jusqu'au remboursement.

La seule raison de douter se tire de ce que l'article 1154 (1) dit : « Les intérêts *échus* des « capitaux, etc..., pourvu que, soit dans la de« mande, soit dans la convention, il s'agisse « d'intérêts *dus* au moins pour une année entière. » Or, dans l'espèce, les intérêts ne sont pas *échus* quand on fait la convention ; ils ne sont pas *dus* pour une année entière, puisqu'il n'en est encore point dû. C'est donc une convention qui n'a point d'objet ou de matière.

Mais nous répondons que les choses futures peuvent être la matière des conventions, et ces mots de l'article, *les intérêts échus..., les intérêts dus pour une année entière*, peuvent être pris aussi bien dans le sens futur composé, que dans le sens d'un parfait. Ce que veut la loi, c'est que des intérêts ne puissent en produire eux-mêmes à leur tour, soit par l'effet d'une demande judiciaire, soit même par l'effet d'une convention faite d'abord et avant l'échéance des intérêts, qu'autant que ces mêmes intérêts seront dus pour une année entière de jouissance du capital qui les aura produits ; qu'ils ne commencent à en produire que lorsqu'ils seront déjà dus pour une année entière ; et c'est absolument ce qui a lieu dans l'espèce ; les intérêts seront *échus* quand ils en produiront, et ils seront *dus* pour une année entière de jouissance du capital.

Si l'on disait que la loi n'a voulu permettre la convention, comme la demande, qu'à l'égard d'intérêts déjà échus lorsqu'elle a lieu, parce que le créancier étant alors en droit de les exiger, elle a pu raisonnablement, pour éviter des traditions inutiles, et, comme disent les lois romaines, *celeritatis causa conjungendarum actionum*, autoriser les parties à faire, par leur consentement, la conversion de ces mêmes intérêts en un nouveau capital ; mais qu'elle n'a pu se prêter à la fiction d'un payement d'intérêts par le débiteur, et d'une remise par le créancier, à l'égard d'intérêts qui n'existaient pas encore au moment de cette convention, nous répondrions que le but que le législateur s'est proposé dans l'art. 1154, en mettant des conditions à l'anatocisme qu'il a permis, ç'a été uniquement de prévenir l'usure, d'empêcher que, par des conventions insérées dans des contrats de prêt, ou autres, on ne fît produire des intérêts à d'autres intérêts qui seraient dus pour moins d'une année de jouissance du capital ; ce qui n'a pas lieu le moins du monde dans l'espèce en question.

D'ailleurs il était bien inutile, dans une législation qui permet de stipuler des intérêts dans tout contrat, qui permettait même alors d'en fixer le taux au delà du taux de l'intérêt légal (article 1907) (2), d'autoriser, par une disposition spéciale, les parties à faire la convention dont il s'agit dans le cas où les intérêts seraient déjà dus, seraient déjà exigibles : cela allait de soi-même. En quoi, en effet, dans le système de cette législation, la convention intervenue entre un créancier et son débiteur qui lui doit une année d'intérêts, que celui-ci, au lieu de payer ces intérêts, les gardera comme un nouveau prêt, productif aussi d'intérêts ; en quoi, disons-nous, cette convention sortait-elle des règles du droit commun, puisque le Code admet aussi bien les traditions fictives que les traditions réelles, en matière de vente (art. 1606). On ne pouvait pas craindre, en effet, que la disposition de l'ordonnance de 1673, qui défendait de prendre, sous quelque prétexte que ce fût, l'intérêt de l'intérêt, fût un obstacle à la validité d'une telle convention, faite, nous le répétons, à l'égard d'intérêts, déjà échus, déjà dus, déjà exigibles, puisque rien n'eût été plus facile que d'éluder cette disposition par la numération de la somme due pour intérêts, et par la remise faite, à l'instant même, par le créancier au débiteur, de cette même somme à titre de nouveau prêt portant intérêt.

500. Nous ne voyons même pas pourquoi les parties ne pourraient licitement convenir que des intérêts déjà échus et *exigibles*, quoique dus pour moins d'une année, seront gardés par le débiteur comme un nouveau capital qui produira aussi

(1) Code de Hollande, art. 1287.

(2) Code de Hollande, art. 1804.

des intérêts; car ce cas diffère essentiellement de celui où les parties conviendraient, lors du prêt, que les intérêts formeront, tous les six mois par exemple, un nouveau capital productif d'intérêts; et c'est ce que la loi a voulu et a dû vouloir empêcher, pour que l'usure ne devînt pas excessive par de telles conventions. Mais quand les intérêts sont déjà dus, quand ils sont déjà exigibles au moment de la convention, qu'importe qu'au lieu de les payer actuellement, et d'emprunter peut-être pour cela d'une autre personne, le débiteur les garde par-devers lui, comme si c'était une nouvelle somme qui lui fût prêtée à intérêt par le créancier? Sa position assurément est absolument la même; on ne lui fait pas la loi, comme on pourrait la lui faire dans le contrat de prêt; on évite seulement des traditions inutiles, ainsi qu'on le fait dans le cas où les intérêts sont dus pour une année entière. S'il ne lui convient pas de garder ce qu'il doit pour intérêts échus, il peut le payer, au lieu de faire un nouveau contrat à ce sujet. Cette convention lui est même avantageuse, en ce qu'il évite peut-être par là les frais d'une demande de ces intérêts, qu'il serait peut-être hors d'état de payer actuellement. Quoi qu'il en soit, il n'éprouve par là aucun dommage: s'il les paye de ses deniers, il est privé de la jouissance de ces mêmes deniers; s'il emprunte pour cela, il payera probablement des intérêts au nouveau prêteur, et le résultat définitif sera toujours le même pour lui, s'il ne lui est pas plus désavantageux.

Cette décision ne serait réellement contraire à l'esprit de l'art. 1154, qu'autant que des intérêts ne pourraient être stipulés pour moins d'une année de jouissance du capital; mais rien ne m'empêche de vous prêter pour six mois à deux et demi pour cent, en matière civile; vous pouvez d'ailleurs me devoir six mois d'intérêts à raison d'une vente, d'une constitution de dot, d'un legs, etc.; et nous ne voyons pas pourquoi nous ne pourrions convenir, à l'échéance, que vous garderez encore pendant tel temps toute la somme que vous me devez maintenant, capital et intérêts, et que cette somme produira intérêt. Vous êtes absolument le maître de prendre le parti qui vous sera le plus avantageux, et si la loi avait réellement voulu s'opposer à une pareille convention, rien n'eût été plus facile que de se jouer de sa défense, en faisant le payement des intérêts échus au créancier, qui en aurait fait à l'instant même un nouveau prêt au débiteur avec stipulation d'intérêts, chose bien certainement qui n'eût point été illicite, en la supposant réelle. Or la loi ne peut vouloir que ce qui est utile et que ce qu'elle peut faire exécuter. L'article 1154 entend donc parler principalement d'une convention qui serait faite d'abord. Alors, il est vrai qu'il faut, pour qu'elle fasse produire des intérêts aux intérêts, qu'ils soient dus pour une année entière, parce qu'autrement l'anatocisme pourrait trop facilement devenir usuraire, l'emprunteur, pressé souvent par ses besoins, n'étant que trop disposé à souscrire à tout. Mais sa position est libre, sous ce rapport, quand il fait la convention sur des intérêts déjà dus et déjà exigibles, quoiqu'ils soient dus pour moins d'une année, puisqu'il peut les payer de ses deniers, ou emprunter ailleurs, s'il ne veut les garder; il évite peut-être par là des frais. D'ailleurs, l'art. 1155 (1) permet bien de faire la convention à l'égard de fermages, loyers, arrérages de rente, dus pour moins d'une année; or la raison est absolument la même pour des intérêts *exigibles* au moment de la convention.

501. Au surplus, dans l'un ou l'autre cas, si je fais la convention dont il s'agit avec un tiers délégué par le débiteur, ou qui a pris de lui-même l'obligation à sa charge par voie de novation, d'*expromission*, il ne peut pas y avoir de doute que cette convention ne soit valable; car, en réalité, il n'y a plus d'anatocisme. On n'y en voyait même point dans l'ancienne jurisprudence.

502. Mais, hors les cas prévus par cet article 1155, une demande judiciaire ne peut faire produire des intérêts à des intérêts dus pour moins d'une année, quoiqu'ils fussent exigibles; tellement que, lors même qu'ils seraient dus *depuis* plus d'une année, s'ils n'étaient pas dus *pour* une année, ils ne produiraient point d'intérêts à leur tour. Tel serait le cas où je vous aurais prêté, *pour six mois*, une somme de..., avec intérêt sur le pied de deux et demi pour cent, et que plus de six mois *depuis l'échéance* de la dette se seraient

(1) Code de Hollande, art. 1288.

écoulés au moment de la demande; comme les intérêts n'auraient lieu, en vertu de la stipulation, que pour le temps convenu, passé ce temps, nous rentrerions dans le droit commun, et, de droit commun, les intértêts ne courent qu'en vertu d'une demande. Nous ne serions donc plus dans le cas de l'art. 1154. Autre chose serait si je vous avais prêté, sans fixation du terme d'exigibilité (1), à tant pour cent par an, ou par mois, ou même si, en fixant un terme pour le remboursement, il avait été dit que vous payeriez les intérêts tant que vous garderiez le capital : alors les intérêts courraient, en vertu de la convention, tant que vous ne seriez pas libéré, sauf la prescription quinquennale de l'art. 2277 (2).

503. Dans la demande, il faut conclure aussi aux intérêts des intérêts et autres objets productifs d'intérêts d'après l'article 1155; il faut les *demander;* c'est ce que suppose l'art. 1154. Et le suivant, quoiqu'il parle de la *demande* d'une manière absolue, se réfère néanmoins au précédent, où la demande judiciaire se rapporte évidemment aux intérêts des intérêts : « Les intérêts échus des capitaux, dit-il, peuvent produire « des intérêts, ou par une *demande* judiciaire, ou « par une convention spéciale, etc. ; » donc, ils sont l'objet de cette demande, ou du moins ils y sont compris; donc on doit conclure aussi aux intérêts des intérêts, sinon, en les adjugeant, les juges commettraient un *ultra petita*.

SECTION V.

DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS.

SOMMAIRE.

504. *Renvoi au tome précédent pour l'explication des règles d'interprétation en matière de testement.*
505. *On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes : exemple.*
506. *Autre exemple de l'application de la règle.*
507. *Ce qui peut généralement conduire à la découverte de l'intention des parties quand elles ont contracté.*
508. *Une clause susceptible de deux sens doit être entendue dans celui qui peut lui faire produire quelque effet, plutôt que dans celui qui ne lui en ferait produire aucun : application de la règle.*
509. *Mais si la clause, pour avoir un effet, devait blesser la loi ou les bonnes mœurs, elle serait nulle.*
510. *Il en serait de même si, pour lui donner quelque effet, il fallait évidemment faire violence à l'intention qu'avaient vraisemblablement les parties lors du contrat.*
511. *Dans le doute on ne doit pas supposer que les parties où le testateur aient voulu ce que défendait la loi, et si la clause peut avoir naturellement effet en l'interprétant dans un autre sens, c'est cette interprétation qui doit être préférée : renvoi aux substitutions prohibées.*
512. *Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans celui qui convient le plus à la nature du contrat : exemple.*
513. *Et à la qualité des parties.*
514. *Mais le mari qui autorise simplement sa femme à vendre un immeuble possédé par elle, ne s'oblige pas par cela seul à la garantie, en cas d'éviction.*
515. *La clause par laquelle il est dit simplement dans l'acte constitutif d'un usufruit :* l'usufruitier fera les réparations, *s'entend-elle aussi des grosses réparations, ou seulement des réparations d'entretien?*
516. *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le lieu où le contrat a été passé.*
517. *S'il n'y avait pas d'usage certain dans le lieu du contrat, l'on suivrait l'interprétation la plus douce.*
518. *Dans les ventes, tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.*
519. *Mais si l'obscurité du pacte provenait du fait de l'acheteur, qui l'a fait insérer dans son intérêt, alors le pacte s'interpréterait contre lui.*
520. *En général, dans le doute, on suit le parti le plus doux, surtout dans les obligations unilatérales, et plus particulièrement encore dans les actes à titre gratuit.*
521. *On doit suppléer, dans les contrats, les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y aient pas été exprimées.*

(1) Ce que supposent possible les art. 1900 et 1901.

(2) Code de Hollande, art. 2012.

504. Au tome précédent, chap. V, sect. XI, nous avons exposé les principales règles d'interprétation des dispositions obscures, ambiguës ou douteuses contenues dans les testaments; et nous avons même eu occasion, à ce sujet, de citer plusieurs de celles que les rédacteurs du Code ont plus spécialement établies pour l'interprétation des conventions. Il ne sera donc pas inutile de se reporter à ce que nous avons dit à cet égard.

505. La première règle d'interprétation des contrats consacrée par le Code, c'est que « l'on « doit, dans les conventions, rechercher qu'elle « a été la commune intention des parties con- « tractantes, plutôt que de s'arrêter au sens lit- « téral des termes (art. 1156) (1). »

Le droit romain disait pareillement : *In conventionibus, contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.* L. 219, ff. *de Verb. signif.*

Dans l'espèce de cette loi, des officiers municipaux avaient loué un fonds communal à un individu, avec clause que son *héritier* aussi en jouirait au même titre : *Ut ad* HEREDEM *ejus qui suscepit pertineret;* et Papinien décide que la réserve relative à l'héritier du preneur s'entend aussi d'une réserve relative à son légataire, c'est-à-dire que le preneur a pu faire le legs du droit qui lui était conféré par le bail : *Jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit;* bien que dans l'acte il n'eût été parlé que de *l'héritier.* Mais c'est que le preneur est censé avoir voulu comprendre, sous le nom *d'héritier*, ses successeurs en général. Cependant si l'on s'était attaché à la lettre de la convention, le légataire n'aurait pas eu le droit de jouir du fonds, puisque la clause ne parlait que de l'héritier, ce qui eût par conséquent empêché le preneur de faire le legs de son droit de jouissance.

506. Étant dans l'usage de vendre à un individu de ma commune la seconde herbe de mon pré, pour mener paître son bétail, moyennant une somme de cent francs, ou environ, j'ai fait avec lui la convention qu'il jouirait, pendant un certain nombre d'années, de *l'herbe* de ce pré, moyennant cent dix francs par an, sans autre explication. Il est clair que je n'ai entendu lui vendre que la seconde herbe ou regain, et non pas le foin ou la première récolte, quoique sous le mot générique *d'herbe*, dont je me suis servi, se trouve comprise la première herbe aussi bien que la seconde. Mais notre intention ne peut être douteuse dans ce cas, en rapprochant le prix de cette location, du prix de celles des années précédentes, et des termes dont nous nous étions servis en les formant, et en s'attachant au sens qu'ont ces expressions dans le pays. Car, il est évident que, traitant aux mêmes conditions, ou à peu près, nous avons entendu traiter sur le même objet : aussi la règle de l'art. 1602, que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur, ne peut m'être appliquée dans l'hypothèse, attendu qu'il n'y a ni obscurité ni ambiguïté.

507. Ainsi, l'on doit toujours, dans les conventions, observer ce qu'ont voulu les parties, plutôt que s'attacher à la rigoureuse signification d'une expression qu'elles auraient employée sans vouloir lui donner ce sens; et pour apprécier cette intention, l'on doit prendre en considération la nature de l'affaire, les circonstances dans lesquelles les parties ont traité, et les motifs qui pouvaient raisonnablement les déterminer d'après ces circonstances : *Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem.* L. 168, § 1, ff. *de Regul. juris.*

(1) Code de Hollande, art 1379.

Les termes douteux doivent surtout s'interpréter d'après l'intention probable de celui qui a parlé dans la clause : *In ambiguis orationibus, maxime sententia spectanda est ejus qui eas protulisset.* L. 96, *eodem tit.*

In obscuris, inspici solet quod verisimilius est L. 114, *eod tit.*

Ou d'après ce qui a lieu le plus souvent : *Aut quod plerumque fieri solet.* (*Ibid.*)

508. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (art. 1157) ; car il n'est pas raisonnable de penser que les parties n'ont rien voulu faire en insérant cette clause (1).

Ainsi, supposons que Pierre et Paul, en partageant un pré, conviennent que *Paul pourra passer par ledit pré pour aller à un champ qui lui appartient :* il est évident que cette clause doit être entendue en ce sens que Paul pourra passer sur la partie du pré tombée au lot de Pierre, puisqu'il n'avait pas besoin de se réserver le droit de passer sur celle qui lui est échue ; si donc Pierre soutenait que la clause peut aussi bien s'entendre de la réserve du passage sur la partie de Paul que sur la sienne, la clause ne produirait aucun effet, ce que l'on ne saurait admettre sans violer les plus simples notions du bon sens et du droit.

509. Mais lorsque la clause, pour avoir un effet, devrait s'entendre dans un sens qui blesserait la loi ou les bonnes mœurs, alors la règle n'est plus applicable, et la clause doit être rejetée. (Art. 6.)

510. Il en serait de même si, pour donner un effet à la clause, il fallait évidemment faire violence à l'intention qu'avaient vraisemblablement les parties, ou l'une d'elles, en la consentant ; et cette intention, comme nous l'avons dit, s'interprète par les circonstances de la cause, et existantes au moment du contrat.

511. Et lors même que certaines expressions d'une clause entendues en un sens ne produiraient aucun effet par elles-mêmes, à raison du droit commun, néanmoins, si, entendues dans un autre sens, elles tournaient au renversement de l'acte, à cause de certaine prohibition de la loi, il faudrait plutôt alors les regarder comme des expressions inutiles, que de leur donner le seul sens qui détruirait l'acte ; car, si, d'un côté, il est raisonnable de penser que les parties n'ont rien voulu dire d'inutile dans leur convention ou disposition ; d'autre part, il est plus raisonnable encore de supposer, tant que la preuve du contraire ne résulte pas des termes mêmes de l'acte, qu'elles n'ont point voulu contrevenir à la loi, et faire ainsi une convention ou une disposition nulle et absolument inutile. De là cet adage : *Actus intelligendi sunt potius ut valeant, quam ut pereant* (2) ; et cette règle de droit : *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur in tuto sit.* L. 80 ff. *de Verb. oblig.*

Nous avons donné des exemples bien remarquables de l'application de ce principe en parlant des substitutions prohibées par le Code, t. VIII, nos 42 et suivants, où nous rapportons aussi plusieurs arrêts qui ont jugé conformément à ce même principe, en maintenant des dispositions testamentaires qui pouvaient s'entendre aussi bien comme dispositions faites avec charge de conserver et de rendre à un tiers (ce qui les eût rendues nulles d'après l'art. 896) (3), que comme dispositions avec substitution vulgaire (très-valables d'après l'art. 898) (4), ou simples legs avec prévision tacite, quoique superflue, du testateur, relativement à l'accroissement entre les colégataires, au cas où l'un d'eux ne recueillerait pas le droit.

512. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans celui qui convient le plus à la nature du contrat (5) (art. 1158) (6) : *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur quæ rei gerendæ aptior est.* L. 67, ff. *de Regul. juris.*

(1) La règle est applicable aussi aux dispositions testamentaires ; la loi 109, *princip.*, ff. *de Legatis*, 1o, notamment, décide par son secours une question de legs fait par un mari à sa femme.

(2) *Voyez* la L. 12, ff. *de Rebus dubiis* ; et L. 16, *princip. in fine*, ff. *ad Senatusc. trebell.*, où est décidée une espèce par application de ce principe. — (3) Code de Hollande, art. 926 et 1712.

(4) Ibid, art. 929 et 1712.

(5) Ou à sa matière. L. 4, ff. *de Usuris.*

(6) Code de Hollande, art. 1381.

Tel est le cas, dit Pothier (n° 93), où je vous loue pour neuf années un certain héritage pour la somme de 300 livres. Ces termes, *la somme de 300 livres,* ne doivent pas s'entendre d'une somme de trois cents livres une fois payée, mais d'une somme annuelle de trois cents livres pour chacune des neuf années que durera le bail, attendu qu'il est de la *nature* du contrat de louage que le prix consiste en une ferme annuelle.

513. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris aussi dans le sens qui convient le plus à la qualité des parties, surtout à la qualité de celui qui s'est obligé ; car l'on doit croire qu'il a entendu s'obliger d'après la qualité en vertu de laquelle seulement l'acte pouvait produire des effets, plutôt que dans une qualité suivant laquelle il n'en pouvait produire aucun, ou du moins que de bien moindres que ceux auxquels l'autre partie devait naturellement s'attendre.

514. Cela ne veut pas dire toutefois que, si un mari déclare dans un acte de vente, faite par sa femme, d'un immeuble possédé par elle, qu'il autorise celle-ci à vendre cet immeuble, il soit passible de la garantie, au cas où l'acheteur serait évincé par un tiers, si d'ailleurs il ne s'est point soumis à cette garantie (1) (art. 1432 analysé, et art. 1413) (2); car son autorisation a un effet bien marqué dans la validité de l'acte, qui eût été nul sans elle (art. 217) (3), et il n'est pas nécessaire de lui en attribuer d'autres. On ne doit pas supposer, pour cela, que le mari a entendu s'obliger à la garantie de la vente faite par sa femme agissant seule comme venderesse ; seulement il est censé avoir renoncé, au profit du vendeur, au droit de jouissance qu'il pouvait avoir sur l'immeuble, s'il n'en a pas fait la réserve, parce que lorsqu'il autorise sa femme à vendre tel immeuble, sans restriction, il n'est pas censé ne l'autoriser à vendre cet immeuble que moins la jouissance.

515. Si, dans l'achat d'un droit d'usufruit sur une maison, il est dit simplement l'usufruitier *fera les réparations*, sans expliquer quelles réparations, cette clause doit-elle être entendue des réparations ordinaires et d'entretien, ou bien aussi des grosses réparations, qui sont une charge de la propriété ?

Pour prétendre que la clause doit être entendue dans le dernier sens, l'on peut dire qu'entendue autrement elle ne signifierait rien, puisque, par la nature même du droit d'usufruit, l'usufruitier devait faire à ses frais les réparations ordinaires et d'entretien (art. 605 et 606) (4). Or, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, elle doit, ainsi qu'on vient de le dire, être entendue plutôt dans le sens suivant lequel elle peut produire quelque effet, que dans le sens suivant lequel elle n'en pourrait produire aucun. (Article 1157) (5).

Mais, d'un autre côté, pour soutenir que la clause doit être entendue seulement des réparations ordinaires et d'entretien, l'on peut dire que les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans celui qui convient le plus à la nature du contrat; or ce sont les réparations d'entretien qui conviennent le plus à l'usufruit. On peut dire aussi qu'il faut toujours recourir à l'intention présumée des parties, que c'est la première règle à suivre dans l'interprétation des conventions ; or n'est-il pas présumable qu'elles ont seulement voulu parler des réparations ordinaires et d'entretien, de celles, en un mot, qui concernent la jouissance des usufruitiers, puisque c'est en qualité d'usufruitier que l'acheteur les a prises à sa charge, et non pas de celles qui concernent la propriété, puisque la propriété est à un autre? Ne peut-on pas raisonnablement croire, sauf les diverses circonstances de la cause qui demanderaient une solution contraire, que ces mots, *l'usufruitier fera les réparations,* ont été insérés dans l'acte seulement pour plus d'explication? Telle serait du moins notre opinion. Combien de clauses, en effet, ne trouve-t-on pas dans les contrats, que les parties auraient pu se dispenser d'y insérer, parce que la loi aurait suppléé à leur silence, et qu'elles ont mises cependant pour plus d'expli-

(1) Même dans le cas où les époux seraient mariés en communauté, l'art. 1419 ne suffirait généralement pas pour rendre le mari garant de la vente faite par sa femme seule et d'après sa simple autorisation.

(2) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 163.

(4) Ibid., art. 840 et 841.

(5) Ibid., art. 1380.

cation, ou dans l'ignorance du droit commun, qui les dispensait d'en parler? Dans les contrats de vente, notamment, ne voit-on pas presque toujours figurer la stipulation de garantie, quoique la garantie n'en eût pas moins été due encore que les parties eussent gardé le silence à cet égard (article 1626) (1), et sans pour cela que l'obligation de garantir en soit augmentée?

Nous avons bien dit précédemment, en parlant des *fautes*, n° 415, que, lorsque le vendeur a spécialement pris sur lui la garde de la chose vendue, *custodiam rei*, il a par là ajouté à ses obligations (2), qu'il répond par conséquent même de la faute la plus légère; tandis que sans la clause, il ne répondrait que de la faute moyenne, de celle que n'aurait pas dû commettre un père de famille bien réglé, soigneux de ses affaires (3). Mais il y a une grande différence entre ce cas et celui de l'usufruitier qui s'est simplement chargé *de faire les réparations :* si celui-ci était tenu, par l'effet de cette clause, de faire aussi les grosses réparations, il dépenserait de son bien sur la chose d'autrui, et, dans le doute, il n'est pas présumable qu'il l'ait voulu, *quia res suas jactare nemo præsumitur*. Au lieu que le vendeur qui a pris sur lui *custodiam rei* a voulu par là se soumettre à une diligence plus exacte que celle dont il aurait été tenu de droit commun; il a tacitement promis d'avoir sans cesse les yeux ouverts sur la chose, et ce ne serait que la force majeure ou le cas fortuit qui l'excuserait de ne pas la livrer (4). S'il la laisse donc voler ou périr, même par la plus légère négligence ou imprudence, qu'aurait pu cependant commettre un père de famille bien réglé, il est tenu de la perte, parce que, par la clause particulière, il a entendu ajouter aux obligations qui résultaient pour lui du contrat de vente, d'après sa nature, et que, dans plusieurs cas, l'une des parties est obligée, par la nature même de l'affaire, d'apporter la diligence la plus exacte, et de répondre en conséquence de la faute même la plus légère, de celle que n'auraient pas commise ces pères de famille doués d'une vigilance excessive, qui ont sans cesse cent yeux ouverts sur tout ce qui les intéresse.

516. Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. (Art. 1159.) (5)

Une clause est ambiguë lorsqu'elle présente deux sens distincts et contraires.

Elle est obscure lorsqu'elle n'en présente aucun bien déterminément.

Lorsqu'une clause est obscure ou ambiguë, l'on doit d'abord suivre l'intention vraisemblable des parties, qui s'estime d'après les circonstances de l'affaire. Car, en thèse générale, il est à croire que les contractants ont entendu donner à la clause le sens qui convenait le plus à la nature du contrat, à la chose qui en faisait la matière, à la condition ou modalité qu'ils ont cru devoir y mettre, enfin à la qualité en raison de laquelle ils traitaient (6). Mais lorsque cette intention ne se montre pas clairement d'après ces diverses circonstances, il faut alors s'attacher à l'usage du lieu où le contrat a été passé, parce qu'il est à croire que les contractants ont voulu le prendre pour régulateur de l'étendue de leurs obligations. *Semper in stipulationibus et in cœteris contractibus, id sequimur quod actum est; aut si non appareat quid actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est frequentatur.* L. 34, ff. *de Regul. juris.*

517. Et s'il n'y avait pas dans le lieu du contrat d'usage assez marqué pour lever le doute ou l'incertitude que présente la clause, ou parce qu'il n'y aurait pas du tout d'usage à ce sujet, ou parce qu'il y aurait des usages contraires, que les temps n'auraient pas suffisamment séparés, alors on suivrait le parti le plus favorable à celui contre lequel la clause serait invoquée : *quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id quod minimum est, redigenda summa est.* (*Ibid.*)

518. Dans les ventes, tout pacte obscur ou

(1) Code de Hollande, art. 1528.

(2) *Voyez* le § 3, Instit. *de Empt. et vendit.*, et Vinnius sur ce paragraphe.

(3) L. 5, § 2, ff. *Commodati vel contra*; L. 23, ff. *de Regul. juris*. Vinnius, *loco citato*.

(4) Mais cette clause seule ne suffit pas pour mettre à sa charge les véritables cas fortuits. Vinnius, *loco citato*.

(5) Code de Hollande, art. 1382.

(6) LL. 96, 114 et 168, § 1, ff. *de Regul. juris*, précitée.

ambigu s'interprète contre le vendeur (art. 1602); parce que, ainsi que le disent les lois romaines, il a pu et dû s'expliquer plus clairement sur ce à quoi il entendait s'obliger par la vente : *quia potuit, re integra, apertius dicere*. L. 21, ff. *de Contrah. empt.*

519. Toutefois, et ainsi que l'observe judicieusement Godefroy en ses notes sur cette loi, si l'obscurité ou l'ambiguïté se trouvait dans une clause relative aux obligations de l'acheteur, dans une clause où il aurait *parlé* au contrat plutôt que le vendeur, alors l'interprétation se ferait contre lui, précisément en vertu du même principe, *quia potuit apertius legem dicere*. Effectivement, dans les échanges, il faudrait bien expliquer l'obscurité du pacte contre celui qui l'aurait fait relativement à ses obligations; or, la raison est la même à l'égard de l'acheteur. Tel serait le cas où il y aurait quelque ambiguïté sur le lieu ou l'époque où le payement devait être fait, etc., pacte par lequel on sortait du droit commun : alors le doute voudrait que l'on y restât, ou qu'on s'en éloignât le moins possible.

520. Au surplus, dans l'incertitude, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (1) (art. 1162) (2); et l'on doit généralement suivre le parti le moins rigoureux, celui surtout qui présente le moins d'injustice : *quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis*. L. 200, ff. *de Regul. juris*. Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué. D'ailleurs la libération est favorable.

Notre règle est encore plus particulièrement applicable aux obligations unilatérales, et surtout à celles qui ont été consenties à titre gratuit.

Nous avons précédemment développé les conséquences de cette même règle dans les legs.

521. On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. (Art. 1160) (3).

Parce qu'en effet, ainsi que nous l'avons déjà dit, *supra*, n° 384, les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. (Article 1135).

C'est un ancien axiome que, *in contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis*.

522. Ainsi, lorsque j'achète un cent de bottes de foin ou d'autres choses semblables qui se vendent au cent, dans un lieu où l'usage est de donner les quatre au cent, et c'est presque partout ainsi, l'on devra me livrer cent quatre bottes, autrement dit un cent garni, bien que dans le contrat l'on ait parlé d'un cent seulement. Il en serait de même quoiqu'il eût été simplement dit : vous me livrerez cent bottes de foin; le tout, sauf convention contraire.

523. Ainsi encore, comme nous l'avons dit précédemment (n° 385), à Paris, et dans beaucoup d'autres villes, l'usage est d'accorder au locataire qui sort un certain nombre de jours après celui du terme, pour faire son déménagement, et qui varie en raison du prix de la location et des objets loués, sans pour cela qu'il doive une augmentation de prix, quoiqu'il fût entré en jouissance le jour même du terme qui a précédé, ou même quelques jours auparavant, parce que l'appartement était alors vacant.

524. Les usages locaux sont très-nombreux et varient à l'infini; le Code a entendu les conserver dans beaucoup de cas, surtout en matière de servitude (art. 645) (4), de louage (1736, 1745, 1754, 1759) (5), de vente, relativement à la durée des actions en résiliation pour vices rédhibitoires (art. 1648) (6). Ils doivent être observés lorsque le Code n'y a pas dérogé explicitement ou implicitement; mais, dans le cas contraire, on doit dire généralement que les parties n'ont point entendu en comprendre les effets dans leur convention, si elles n'ont rien dit à cet égard.

525. Toutes les clauses des conventions s'inter-

(1) L. 38, § 18, ff. *de Verb. oblig.*, et L. 99, *eod. tit.*
(2) Code de Hollande, art. 1385.
(3) Ibid., art. 1383.
(4) Code de Hollande, art. 677.
(5) Ibid., art. 1607, 1612, 1619, 1623.
(6) Ibid., art. 1547.

prètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. (Article 1161) (1).

La loi 126. ff, *de Verb. oblig.* fournit un exemple de l'application de cette règle, que Pothier reproduit au n° 96 de son *Traité des obligations.*

Dans l'espèce de cette loi il était dit, dans un contrat de vente, par une première clause, qu'un héritage était vendu *ut optimus maximusque*, c'est-à-dire franc de toute servitude quelconque; par une seconde clause, il était dit que le vendeur entendait n'être garant *que de ses faits*. Cette seconde clause a servi à l'interprétation de la première, et en a restreint la généralité des effets à ce sens, que le vendeur, par la première clause, n'a entendu promettre et assurer rien autre chose, sinon qu'il n'avait imposé aucune charge sur l'héritage vendu, et qu'il l'a vendu franc et quitte de toutes charges à cet égard, mais non pas assurer et garantir qu'il était franc et quitte de toutes charges du chef de ses prédécesseurs, et dont il n'avait alors aucune connaissance.

Ainsi, dans ce cas, l'on n'a point appliqué la règle établie dans la loi 20, ff. *de Contrahenda empt.* (2), suivant laquelle l'obscurité du pacte s'interprète plutôt contre le vendeur que contre l'acheteur, règle consacrée par l'art. 1602 (3) en des termes encore plus contraires au vendeur, puisqu'il porte que « le vendeur est tenu « d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige, « et que TOUT pacte obscur ou ambigu s'inter- « prète contre lui; » ce qui n'est vrai, toutefois, comme nous l'avons dit *supra*, n° 519, que sous de raisonnables distinctions. Mais dans l'espèce de la loi 126, *de Verb. signif.*, il n'y avait ni obscurité ni ambiguïté, au moyen du rapprochement des diverses clauses du contrat, et de l'effet que naturellement le vendeur avait entendu donner à chacune d'elles.

526. Quelque généraux que soient les termes d'une convention, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter (art. 1163) (4). De là, les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui y est exprimé (5). (Art. 2049) (6).

Et la renonciation qui y est faite à tous droits et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu. (Article 2048) (7).

Tellement que, si celui qui a transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable, il n'est point lié par la transaction quant au droit nouvellement acquis (article 2050) (8), quand bien même le nouveau droit ne serait, en quelque sorte, qu'une conséquence de celui sur lequel est intervenue la transaction. Par exemple, si un héritier pour moitié transige sur son droit par rapport à tel ou tel objet de l'hérédité, et que son cohéritier renonce ensuite à la succession, la transaction n'aura effet que pour la part qu'avait alors dans l'objet l'héritier qui a transigé, quoique la part du cohéritier qui a renoncé ne soit réellement pas pour lui une *nouvelle acquisition*, à raison du triple principe que l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession (art. 777) (9), que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785) (10), et que sa part accroît à celle de l'héritier qui accepte (article 776) (11) : d'où l'on aurait pu croire qu'en transigeant sur *ses droits*, quant à l'objet en question, et même sur *sa part* dans cet objet, il se trouve, par l'effet de ces principes, avoir traité sur le tout, puisque ses droits se trouvent être du total, et que sa part, en définitive, est pareillement du total. Mais il n'en est pas ainsi, attendu que la renonciation du cohéritier ne se présumait pas (art. 784) (12). Et qu'en transigeant sur sa part, ou même sur ces droits en général, au moment où le cohéritier n'avait encore point

(1) Code de Hollande, art. 1384.

(2) Ainsi conçue : *Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori*, QUI ID DIXERIT, *quam emptori : quia potuit re integra apertius dicere.*

(3) Code de Hollande, art. 1509.

(4) Ibid., art. 1386.

(5) *Voyez* la L. 31, Cod. *de Trans.*

(6) Code de Hollande, art. 1892.

(7) Ibid., art. 1891.

(8) Ibid., art. 1893.

(9) Ibid., art. 1093.

(10) Ibid., art. 1104.

(11) Ibid., art. 1092.

(12) Ibid., art. 1103.

renoncé, l'héritier qui a traité n'a raisonnablement entendu transiger que sur les droits qu'il avait alors : il ne peut être présumé avoir voulu traiter sur les droits d'un autre, et se soumettre ainsi aux conséquences d'un engagement relatif à ces mêmes droits. Or, les transactions, comme les autres contrats, se renferment dans l'objet sur lequel il paraît que les parties se sont proposé de contracter (1). (Art. 1163) (2).

Au surplus, quand les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles avaient ensemble, la transaction ne comprend bien toujours, à la vérité, que les différends alors existants, et non ceux dont les causes seraient postérieures à la transaction ; mais les titres qui leur étaient même inconnus au moment où elle a eu lieu, et postérieurement découverts, ne seraient point une cause de rescision, à moins qu'ils n'eussent été retenus par le fait de l'une des parties. (Art. 2048, 2049 et 2057 combinés.)

Toutefois la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit (même article 2057) (3), parce qu'alors *nulla dubia fuisset.* Or toute transaction doit avoir lieu sur une chose douteuse, quoique plus ou moins, *de lite dubia :* L. 1, ff. *de Transact.; non de re valida et indubitata*, L. 12, Cod. *de Transact.*

527. Enfin, lorsque dans un contrat l'on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. (Art. 1164) (4).

C'est la traduction de la règle du droit romain. *Quæ dubitationis tollendæ causa in contractibus inseruntur jus commune non lædunt.* L. 81, ff. *de Regul. juris;* L. 56, ff. *Mandati vel contra.*

Cette règle est applicable aussi aux actes de dernière volonté. L. 17, Cod. *de Testam.*

Si, dit Pothier (nº 100), il est dit simplement dans un contrat de mariage, que le mobilier qui aviendra aux époux *par succession* entrera dans leur communauté, ces mots *par succession* ne sont point exclusifs du mobilier qui écherra aux époux par d'autres voies, par exemple, par voie de donation ou de legs. Ils n'ont été insérés que pour l'explication de la volonté des parties, parce que celles-ci avaient peut-être, attendu leur ignorance du droit, quelque doute sur le point de savoir si le mobilier qui leur aviendrait par voie d'hérédité entrerait dans leur communauté par l'effet des seules dispositions de la loi.

L'adage : *Inclusio unius fit alterius exclusio*, et cet autre, *qui dicit de uno negat de altero*, ne sont point applicables à ce cas, si toutefois il ne résulte pas des expressions du contrat qu'effectivement les époux ont entendu ne faire entrer dans leur communauté que le mobilier qui leur arriverait par succession. Ces adages sont d'ailleurs d'une dangereuse application, parce qu'ils sont souvent fautifs.

528. Il est encore quelques autres règles d'interprétation des conventions, mais généralement moins usuelles; nous les retracerons et nous en ferons successivement l'application à mesure que les cas se présenteront. C'est même ce que nous avons déjà eu l'occasion de faire plusieurs fois.

SECTION VI.

DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE.

529. *Texte des art.* 1165, 1166, 1167, *sur l'effet des conventions à l'égard des tiers et des créanciers.*

530. *Distribution de la matière.*

529. Quant à l'effet des conventions à l'égard des tiers, le Code contient les dispositions suivantes :

(1) Dans la suite, nous agiterons la question de savoir si un héritier pour partie, qui vend sa part, ou même ses droits dans la succession, est censé avoir vendu aussi la part de son cohéritier qui a renoncé depuis la vente. Cette question a partagé les auteurs, mais nous pensons que c'est là une question d'intention, qui généralement devra être décidée en faveur du vendeur, ainsi que nous la décidons en faveur de l'héritier qui a transigé sur sa part avant la renonciation de son cohéritier.

(2) Code de Hollande, art. 1386.

(3) Ibid., art. 1900.

(4) Ibid., art. 1387.

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les « parties contractantes; elles ne nuisent point « au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas « prévu par l'art. 1121. (Art. 1165) (1).

« Néanmoins les créanciers peuvent exercer « tous les droits et actions de leur débiteur, à « l'exception de ceux qui sont exclusivement at- « tachés à la personne. (Art. 1166) (2).

« Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, « attaquer les actes faits par leur débiteur en « fraude de leurs droits. (Art. 1167) (3).

« Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits « énoncés au titre des successions, et au titre du « contrat de mariage et des droits respectifs des « époux, se conformer aux règles qui y sont « prescrites. (*Ibid.*) »

530. Nous avons exposé précédemment, dans les §§ 6 et 7 de la 1re section du chapitre II, quels sont les effets des conventions dans lesquelles l'on a promis ou stipulé en son propre nom pour un tiers, sans mandat, et au § 8 de la même section, quel est l'effet des stipulations par rapport aux héritiers et ayants cause des parties contractantes. Mais il convient de traiter quelques cas où une convention peut ou non avoir effet pour ou contre quelqu'un qui n'y a point été partie ni par lui-même ni par son auteur, et qui n'y a même pas été compris nommément; de développer les conséquences du principe que les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne;

Et enfin celles de cet autre principe, que les créanciers peuvent attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Ce sera la matière des trois paragraphes suivants.

§ Ier.

Différents cas où une convention peut ou non avoir effet pour ou contre une personne qui n'y a point été partie ni par elle-même ni par son auteur, et qui n'y a même pas été comprise nommément.

SOMMAIRE.

531. *Les effets d'un concordat sont une modification au principe que les conventions ne sont obligatoires que pour ceux qui les ont faites; motifs, et droit romain sur ce point.*

532. *Les charges que j'imposerais sur le fonds que j'ai vendu, depuis la vente, seraient sans effet, quoique ce fût avant toute délivrance.*

533. *Différence, sur ce point, du droit actuel d'avec le droit ancien.*

534. *Je ne puis non plus, en général, depuis la vente que j'ai faite d'un immeuble, stipuler utilement une servitude pour cet immeuble.*

535. *Dans le droit romain, si celui qui avait stipulé une servitude aliénait une partie aliquote du fonds pour lequel il l'avait stipulée, avant que la servitude fût imposée sur le fonds par l'exercice du droit, la stipulation devenait nulle; et l'un des copropriétaires d'un fonds ne pouvait seul stipuler une servitude pour ce fonds : ces principes ne seraient pas suivis dans notre législation.*

536. *Différentes personnes qui ne peuvent, par leurs conventions, imposer sur les biens des charges obligatoires pour ceux qui ont des droits sur ces mêmes biens.*

537. *Effet, par rapport aux tiers, des conventions entre héritiers, au sujet du payement des dettes et relativement aux créances de la succession.*

538. *La ratification d'une obligation annulable ou rescindable ne nuit pas aux droits acquis à des tiers.*

539. *La caution peut invoquer la remise faite par le créancier au débiteur, encore que celui-ci ait renoncé au droit de l'opposer depuis qu'elle a eu lieu.*

540. *Mais les remises faites par un concordat judiciaire ne peuvent être invoquées par la caution.*

541. *Les appelés à une substitution permise en profitent de leur chef, quoiqu'ils n'aient pas été parties contractantes dans l'acte de donation. Les enfants du mariage peuvent profiter aussi, de leur chef, des donations de biens à venir.*

542. *Il est encore d'autres cas où l'on peut tirer avantage d'une convention où l'on n'a pas été partie.*

531. Lorsqu'un concordat est régulièrement formé entre un débiteur failli et ses créanciers formant la majorité en nombre, et représentant

(1) Code de Hollande, art. 1376.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1377.

par leurs créances les trois quarts de la totalité des sommes, selon l'état des créances vérifiées et enregistrées, cet acte est obligatoire même pour les créanciers qui n'y ont pas donné leur consentement, même pour ceux qui s'y sont formellement opposés, si leur opposition a été rejetée. (Art. 519 à 526 du Code de commerce analysé.)

C'est une modification à la règle qu'une convention ne nuit pas à un tiers, et qu'elle ne peut par conséquent lui être opposée. Mais comme il n'était pas juste, d'un autre côté, que la résistance d'un ou de plusieurs créanciers pût nuire aux autres, en leur faisant perdre davantage encore, par suite des frais qu'entraînerait l'expropriation du failli, ce qui diminuerait d'autant la valeur du gage commun, et que l'équité réclamait d'ailleurs fortement en faveur d'un débiteur malheureux et de bonne foi, exposé aux chances dangereuses du commerce, pour qu'on ne le dépossédât pas de son établissement, pour qu'on lui laissât, au contraire, les moyens de se relever : toutes ces considérations, disons-nous, ont fait fléchir, dans ce cas, le principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

Malgré la sévérité du droit romain relativement à l'effet des conventions en ce qui concerne les tiers, celle dont il s'agit était néanmoins autorisée ; elle était protégée par le préteur, lorsqu'elle était faite d'après les règles établies à cet effet (1).

532. Si, depuis la vente que je vous ai faite de mon fonds, j'avais consenti au profit d'un tiers un droit d'usufruit ou de servitude sur ce fonds, quoique avant la délivrance, vous ne seriez point obligé d'en souffrir l'exercice, pourvu que votre titre pût être opposé au tiers, comme ayant acquis une date certaine antérieure à la date du sien (art. 1328) (2). Car par le seul fait de la vente, j'avais cessé d'être propriétaire (art. 711, 1138, 1583 et 2182) (3); par conséquent, je ne pouvais plus grever le fonds d'aucune charge.

Il faudrait décider la même chose, encore que la vente eût été faite sous une condition, et que la concession de l'usufruit ou de la servitude eût eu lieu avant son accomplissement, attendu que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat. (Art. 1179) (4).

533. Mais dans les anciens principes, comme la propriété n'était point transférée par le seul fait des contrats, du moins généralement, j'aurais pu valablement constituer le droit d'usufruit ou de servitude sur le fonds, quoique j'eusse vendu ce fonds purement et simplement, pourvu que la constitution eût été antérieure à la délivrance ou à une tradition quelconque dudit fonds ; sauf à répondre des dommages-intérêts de l'acheteur. J'aurais pu vendre ou donner avec effet le même objet à une autre personne, et l'en rendre propriétaire en lui en faisant la délivrance (5) ; à plus forte raison pouvais-je établir un simple droit d'usufruit ou de servitude.

Il en eût été ainsi sous le régime de brumaire an VII, qui exigeait la transcription pour que l'acheteur devînt propriétaire à l'égard des tiers ; et il en serait encore de même sous le Code, si, au lieu d'une vente du fonds, je vous en faisais donation entre-vifs, et que depuis la donation, et même depuis la délivrance réelle du fonds, mais avant la transcription de l'acte de donation, je consentais au profit d'un tiers une vente du même fonds, ou si j'établissais sur ce fonds un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque (art. 941) (6) ; sauf votre action en indemnité contre moi.

534. En sens inverse, si, depuis la vente que je vous ai faite de mon fonds, j'ai stipulé une servitude pour l'utilité de ce fonds, vous ne pourrez pas pour cela l'exercer, si vous ne vous trouvez pas dans un des cas où la stipulation faite au profit d'un tiers est valable, conformément à l'art. 1121, et à ce que nous avons expliqué plus haut, nos 229 et suivants. Car, n'étant plus alors propriétaire du fonds, je n'avais pas d'intérêt à la stipulation; je stipulais réellement pour autrui, contre le principe consacré par l'art. 1119 (7).

(1) *Voyez* la L. 7, § *ult.*, ff. *de Pactis;* et les LL. 8, 9 et 10, *eodem tit.*

(2) Code de Hollande, art. 1917.

(3) Ibid., art. 639, 1273, 1494 et 1495.

(4) Ibid., art. 1297.

(5) L. *Quotiens*, 15, Cod. *de Rei vindic. Voy. supra*, nos 423 et suiv.

(6) Code de Hollande, art. 967, § 2.

(7) Ibid., art. 1351.

535. Les jurisconsultes romains avaient porté si loin la rigueur de ce principe, qu'ils décidaient que, si, après avoir stipulé un droit de servitude pour mon fonds, j'aliénais ensuite une part aliquote de ce même fonds, par exemple la moitié, avant que la servitude eût été exercée et fût ainsi constituée (1), la stipulation devenait nulle, parce que la servitude, comme chose indivisible, ne pouvait être établie pour partie, et que je n'avais pas alors d'intérêt à ce qu'elle le fût pour le tout : *corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo a quo stipulatio incipere non possit*. L. 11, ff. *de Servitutibus*. En effet, je ne pouvais pas stipuler utilement une servitude pour un fonds que j'avais en commun avec un tiers; L. 5, ff. *Comm. prædior. tam urb. quam rust.* Mais ces décisions ne seraient point admises dans notre droit, attendu que la stipulation serait valable même en ce qui concernerait la part de l'acheteur dans la partie du fonds, ou de l'associé, comme étant la condition d'une stipulation que je ferais pour moi-même (art. 1121) (2), ayant effectivement intérêt à ce que la servitude soit acquise à un fonds dont je suis propriétaire pour partie, ainsi que nous l'avons dit au tome V, nos 467 et 551. Chaque associé peut améliorer la chose commune, et il est même censé avoir reçu pour cela mandat de ses coassociés.

536. Les charges imposées par un grevé de restitution, sur les choses comprises dans la substitution, ne font point préjudice aux droits des appelés (3). Il en est de même de celles imposées par l'usufruitier (4); et, *vice versa*, celles imposées par le propriétaire ne nuisent point à l'usufruitier (5).

Pareillement, les charges imposées par l'héritier sur la chose léguée, même pendant que la condition sous laquelle le legs aurait été fait serait encore en suspens, ne nuisent point au légataire. Elles n'auraient leur effet qu'autant que la condition ne se réaliserait pas (6).

Il en est ainsi de celles qui auraient été imposées par un acquéreur avec pacte de rachat (articles 1664 et 1673) (7), ou par un donataire dont le droit serait révoqué (8). (952, 954, 963) (9).

537. Les conventions intervenues, même dans un partage, entre les héritiers du débiteur et du créancier, au sujet du payement des dettes ou au sujet des créances, ne font point préjudice à la division que la loi en fait elle-même entre eux dans la proportion de leurs parts héréditaires (art. 1220) (10), et ne peuvent en conséquence nuire aux tiers, ni leur être opposées. Elles n'opèrent que des mandats de payer, ou des cessions d'actions, dont les effets sont les mêmes que dans les autres cas. La vérité de cette doctrine a été démontrée précédemment, tome VII, nos 163, 429 et 519, où nous en avons fait une application précise, qui ne contrarie en rien le principe consacré par l'art. 883 (11), combiné avec la disposition de l'art. 832 (12).

538. Si un mineur, ou autre incapable, a consenti une obligation avec hypothèque sur tel de ses immeubles, que cette obligation soit sujette à être rescindée ou annulée (13), et que le mineur devenu majeur la ratifie, la ratification ne peut nuire aux tiers qui ont valablement acquis des droits sur l'immeuble antérieurement à la ratification, quoique postérieurement à la constitution d'hypothèque. Telle est la disposition finale de l'article 1338 (14), qui veut que la ratification ne puisse préjudicier aux droits déjà acquis aux tiers lorsqu'elle a eu lieu.

539. Du reste, le principe que les conventions

(1) Ce qu'il faut entendre ainsi, d'après les principes de la matière, et notamment d'après la loi 12, ff. *Communia prædior. tam urb. quam. rust.*, et la loi 23, ff. *de Servit. præd. rust.*; car le fonds ou partie du fonds, dominant ou assujetti, est transmis avec le droit ou la charge de la servitude établie, imposée réellement.

(2) Code de Hollande, art. 1353.

(3) *Voyez* tome précédent, nos 583 à 596.

(4) *Voyez* tome IV, no 584, et tome V, no 541.

(5) *Voyez* tome IV, nos 583 et 641.

(6) *Voyez* tome précédent, no 306.

(7) Code de Hollande, art. 1559 et 1580.

(8) *Voyez* tome VIII, nos 492, 535, 568 et 599.

(9) Code de Hollande, art. 1710 et 1726.

(10) Idid., art. 1335.

(11) Ibid., art. 1128.

(12) Ibid., art. 1154.

(13) Mais selon notre opinion et celle de M. Toullier, le mineur émancipé peut valablement consentir une hypothèque pour sûreté d'une obligation valable qui le concerne, nonobstant la généralité des termes de l'art. 2124. *Voy.*, à cet égard, ce que nous avons dit au tome III, no 673.

(14) Code de Hollande, art. 1929.

n'ont d'effet qu'entre les contractants et leurs héritiers et ayants cause (art. 1122 et 1165) (1), ne fait point obstacle à ce que la caution puisse invoquer le pacte par lequel le créancier a fait remise de la dette au débiteur (art. 1287) (2); car c'est un principe aussi, que la caution ne peut devoir qu'autant que le débiteur lui-même doit encore : dès lors la libération de celui-ci amène celle de la caution.

Et lors même que, par une nouvelle convention, le débiteur renoncerait au bénéfice de la remise, la caution ne pourrait pas moins l'invoquer, si elle était poursuivie par le créancier. C'est la décision formelle du jurisconsulte Furius Anthianus, dans la loi 62, ff. *de Pactis* (3).

540. Mais lorsque la remise d'une partie de la dette a eu lieu par un concordat judiciaire, ou que des termes ont été accordés au débiteur failli, la caution n'en demeure pas moins obligée comme si le concordat n'avait pas eu lieu, attendu que dans ce cas la remise n'est pas volontaire, quand bien même le créancier aurait adhéré au traité : elle n'a eu lieu que pour tirer le meilleur parti de la créance. Nous reviendrons au surplus sur ces points quand nous parlerons de la remise, et lorsque nous traiterons du cautionnement.

541. Bien qu'en principe celui qui n'a pas été partie dans un acte ne puisse en invoquer les effets, néanmoins les appelés à une substitution permise en profitent, quoiqu'ils n'aient pas été parties dans l'acte de donation faite avec la charge de conserver les biens et de les leur rendre, et quoiqu'ils ne se portent point héritiers du donataire grevé de restitution. C'est même là le principal avantage de la disposition, en ce que, dans ce cas, ils ne sont point tenus des dettes de ce dernier.

Il en est de même en matière de donation faite par contrat de mariage de tout ou partie des biens que le donateur laissera au jour de son décès : la donation est présumée faite aussi en faveur des enfants à naître du mariage, en cas du décès de l'époux donataire avant celui du donateur (art. 1082); et ces enfants peuvent pareillement, ce cas échéant, renoncer à la succession de leur père donataire, pour se dispenser d'en payer les dettes, et réclamer les biens compris dans la donation.

Ces points ont été suffisamment développés au tome précédent.

542. Il est encore quelques autres cas où celui qui n'a pas été partie dans une convention peut néanmoins en tirer avantage, quoiqu'il ne soit pas héritier ou ayant cause à proprement parler de celui qui a fait cette convention. Nous les traiterons à mesure qu'ils se présenteront.

§ II.

Les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

SOMMAIRE.

543. *Nos créanciers peuvent exercer nos droits, en notre nom, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.*
544. *Ils exercent les droits pécuniaires, appréciables par eux-mêmes.*
545. *Ainsi, ils poursuivent valablement le débiteur de leur débiteur, au nom de celui-ci, et font des saisies entre ses mains : mais le produit de l'action appartient, en principe, aux divers saisissants ou opposants.*
546. *La priorité de saisie n'est pas une cause de légitime préférence : ancienne jurisprudence sur ce point.*
547. *Différents cas où nous agissons directement contre celui qui a contracté avec la personne qui a traité avec nous, et où le produit de l'action nous appartient sans concurrence avec les autres créanciers de notre débiteur direct et immédiat.*
548. *Un créancier peut prendre inscription hypothécaire pour son débiteur.*
549. *Et interrompre au nom de celui-ci une prescription.*
550. *Même revendiquer un immeuble possédé par un tiers.*
551. *Intervenir dans une instance.*

(1) Code de Hollande, art. 1354 et 1376.
(2) Ibid., art. 1478.
(3) Paul dit le contraire dans la loi 27, § 2, au même titre. On a cherché à concilier ces deux décisions; Cujas, notamment, suppose que, dans le cas de cette dernière loi, la caution a consenti au second pacte; mais cette conciliation paraît divinatoire, car il n'y est pas fait mention de cette circonstance. Il se pourrait bien que ce fût une opposition de sectes.

552. *Former opposition, interjeter appel, agir par requête civile, et se pourvoir en cassation.*
553. *Mais ce qui est définitivement jugé avec le débiteur, est censé jugé avec ses créanciers, à moins que le jugement n'ait été rendu par collusion, auquel cas ils pourraient l'attaquer par tierce opposition.*
554. *Dans aucun cas le jugement ne préjudicie à ceux qui avaient des droits réels sur l'objet du procès au moment de la contestation, et qui n'y ont pas été parties ni appelées.*
555. *Les créanciers d'un héritier peuvent exiger, en son nom, le rapport des cohéritiers.*
556. *Et exercer, aussi en son nom, ou au leur s'il renonce à la succession, l'action en réduction des libéralités excessives, s'il a droit à une réserve.*
557. *Ils ne peuvent, à ce seul titre, poursuivre la réparation des délits commis contre la* personne *de leur débiteur, même pour les dommages-intérêts.*
558. *Autre chose serait si c'était un délit commis sur les biens.*
559. *Dans quels cas ils peuvent poursuivre, au nom de leur débiteur, et comme créanciers, la révocation d'une donation faite par celui-ci.*
560. *Les créanciers de la femme ne peuvent demander la séparation de biens sans son consentement.*
561. *Les créanciers d'une femme mariée qui a contracté sans être autorisée peuvent se prévaloir de la nullité de son engagement, comme ceux d'un mineur peuvent demander la rescision de son obligation, s'il y a lieu.*
562. *Ils peuvent se prévaloir du moyen tiré de la violence, du dol ou de l'erreur dont est entachée l'obligation de leur débiteur, sauf le cas de mariage.*
563. *Peuvent-ils exercer une action en réclamation d'état.*

543. De ce que nous ne pouvons, en principe, profiter des conventions que nous n'avons point formées, il ne faut cependant pas conclure que nos créanciers ne peuvent invoquer les contrats que nous avons faits : ils le peuvent, au contraire, en exerçant nos droits à cet égard. N'agissant qu'au nom de leur débiteur, et n'exerçant que les droits qu'il pourrait exercer lui-même, ils le représentent, et sont censés ne faire qu'une seule et même personne avec lui dans l'exercice de ces mêmes droits. En effet, tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2093) (1) ; aussi le principe ne reçoit exception qu'à l'égard des droits exclusivement attachés à la personne, parce que ces droits ne font pas partie des biens : « Néanmoins, porte l'article 1166 (2), les créanciers peuvent exercer « tous les droits et actions de leur débiteur, à « l'exception de ceux qui sont exclusivement « attachés à la personne. »

Il importe donc de bien distinguer ces deux sortes de droits.

544. Les premiers sont les droits pécuniaires, appréciables, soit qu'ils consistent dans des droits de propriété, d'usufruit ou de servitude, soit qu'ils consistent en de simples créances sur des tiers, ou en intérêts ou actions dans des sociétés ou compagnies de finance ou d'industrie, en un mot, en tout ce qui fait partie du patrimoine du débiteur, qui en augmente la valeur.

545. Ainsi, un créancier peut, au nom de son débiteur, poursuivre le débiteur de celui-ci ; il fait aussi des saisies-arrêts entre les mains de ce dernier, et le produit de l'action ou de la saisie sera censé perçu par le débiteur direct, augmenter la masse générale de ses biens, et être par conséquent le gage commun de tous ses créanciers, qui s'en distribueront le prix par contribution, s'ils y prétendent (art. 2093), à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence (*ibid.*), c'est-à-dire, des priviléges ou des hypothèques. (Art. 2094) (3).

546. Mais la priorité de saisie n'est point une cause de préférence sur les saisissants ou opposants postérieurs qui ont formé leur opposition dans le délai utile pour pouvoir être admis à la distribution des deniers. Ce délai n'est pas fixé d'une manière précise par le Code de procédure ; mais nous pensons, d'après les diverses dispositions de ce Code, au titre de *la distribution par contribution*, et au titre de *l'ordre*, que l'oppo-

(1) Code de Hollande, art. 1178.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1179.

sition peut être formée tant que le juge-commissaire n'a pas dressé l'état de distribution et clos son procès-verbal. (Art. 663 et 778, Code de procéd.)

Anciennement, et d'après la manière dont on avait interprété les art. 178 et suivants de la coutume de Paris, le premier saisissant avait le droit d'être payé de préférence sur le produit de la saisie, en offrant toutefois aux saisissants postérieurs, caution de rapporter au cas d'insolvabilité du débiteur (1). Mais la nouvelle législation n'établit rien de semblable : elle ne consacre d'autres causes de légitime préférence que les priviléges et les hypothèques, et nullement, comme telle, la priorité de saisie.

547. Au surplus, en certains cas, le créancier peut agir en son nom, et directement, contre celui avec lequel son débiteur a traité, et son action a le même effet que si c'était lui qui eût traité avec le tiers; de sorte qu'il n'est point obligé d'admettre à participer au produit de l'action ou de la saisie, les autres créanciers de son débiteur immédiat.

C'est ainsi qu'un sous-entrepreneur a, contre le propriétaire qui a donné les travaux à faire, une action jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci est débiteur envers l'entrepreneur ou ouvrier principal, au moment où l'action est intentée, et à raison desdits travaux. (Art. 1798) (2).

Le sous-locataire est tenu aussi envers le propriétaire, du prix de sa sous-location, dont il peut être débiteur au moment de la saisie, sans pouvoir même lui opposer des payements faits par anticipation. (Art. 1753) (3).

Et le mandant peut agir directement contre le sous-mandataire, soit que le mandataire ait été ou non autorisé à se substituer quelqu'un dans sa gestion (Art. 1994) (4).

Le déposant et le prêteur à usage ont pareillement action contre celui à qui la chose a été remise en dépôt ou prêtée par le dépositaire ou l'emprunteur, pour se la faire restituer. Et il en est généralement ainsi dans les cas où le contrat d'un autre concerne notre chose (5).

548. Un créancier, pouvant exercer tous les droits de son débiteur, peut, par cela même, prendre une inscription hypothécaire pour conserver les droits de ce dernier, ou renouveler une inscription qui est sur le point d'être périmée, et intervenir dans l'ordre qui sera ouvert sur le tiers; mais le montant de la collocation est distribué comme chose mobilière entre les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre. (Art. 778, Code de procéd.)

549. Il peut, par la même raison, au nom et comme exerçant les droits de son débiteur, interrompre une prescription qui court contre ce dernier, et faire tous autres actes conservatoires, dont les frais, en général, lui seront restitués selon l'utilité des actes qu'il aura faits.

550. Et si un tiers était en possession d'un immeuble appartenant à mon débiteur, ou sur lequel je prétendrais que celui-ci a des droits, je pourrais aussi en exercer la revendication, en agissant au nom de ce dernier; sauf au tiers à prévenir mon action ou à en arrêter le cours, si bon lui semblait, en me rendant sans intérêt, par le payement de ma créance.

551. Je puis de même intervenir, mais à mes frais, dans une instance pendante entre mon débiteur et un tiers, pour opposer, de son chef, la prescription qui lui est acquise, et à laquelle je crains qu'il ne renonce par des scrupules de conscience, ou par d'autres motifs. Je puis même l'opposer encore qu'il y renonce formellement (art. 2225) (6), sauf, ainsi qu'il vient d'être dit, à l'autre partie, à me payer le montant de ma créance et à me rendre ainsi sans intérêt à opposer un moyen que son adversaire ne juge pas à propos de faire valoir, mais auquel il ne peut renoncer à mon préjudice.

552. Par l'effet du même principe, les créanciers d'un individu condamné dans une cause d'intérêt pécuniaire et appréciable, peuvent, en son nom, et comme exerçant ses droits, attaquer

(1) *Voyez* le Commentaire de Jousse, sur ces articles.
(2) Code de Hollande, art. 1650.
(3) Ibid. art. 1618.
(4) Ibid., art. 1840.
(5) *Voyez* ce qui a été dit plus haut, chap. II, sect Ire, § 6, et surtout au no 219, à ce paragraphe.
(6) Code de Hollande, art. 1989.

le jugement par toutes les voies qu'il peut prendre lui-même : telles que l'opposition, l'appel, la requête civile et la cassation, en supposant, par conséquent, qu'on est encore dans le délai utile pour agir par l'une ou l'autre de ces voies.

553. Mais ils ne peuvent attaquer un jugement qui a acquis la force de chose jugée, si ce n'est par les voies extraordinaires qui resteraient encore au débiteur. Ils n'ont pas la voie de la tierce opposition, attendu qu'il ne l'a pas lui-même, et que ce qui est jugé avec lui est censé jugé avec eux, puisqu'ils n'ont que ses droits.

Cependant, s'il y avait eu collusion entre lui et l'autre partie, alors il ne serait plus vrai de dire qu'il ont été représentés dans l'instance par celui qui a voulu leur faire fraude ; et si le jugement était passé en force de chose jugée, ils pourraient l'attaquer par tierce opposition, comme n'y ayant pas été représentés. On le jugeait anciennement ainsi (1), et telle est l'opinion commune.

554. Dans aucun cas, au surplus, le jugement ne pourrait faire préjudice à ceux qui avaient déjà, au moment de la contestation, des droits réels sur l'objet du procès, et qui n'auraient été ni parties ni appelés dans l'instance (article 1351) (2). C'est ce que nous expliquerons en traitant de l'autorité de la chose jugée.

555. Les créanciers d'un héritier peuvent exiger, en son nom, le rapport que ses cohéritiers lui devraient. L'art. 857 (3) ne défend qu'aux légataires et aux créanciers de la succession de le demander (4).

556. Ils peuvent aussi demander la réduction des donations ou des legs excessifs, pour fournir la réserve qui serait due à leur débiteur ; car cette réserve est un droit pécuniaire, quoique ce droit ait son principe dans la qualité de la personne par rapport au défunt. Si l'héritier avait renoncé à la succession, ils devraient se faire autoriser à l'accepter de son chef, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (article 788) (5), afin de pouvoir exercer l'action en réduction au nom de leur débiteur (6). C'est en effet aujourd'hui une maxime certaine que, pour avoir droit à une réserve, il faut être héritier (7) ; or les créanciers n'exerçant, dans ce cas, que les droits de leur débiteur, il faut donc qu'ils prennent la qualité en vertu de laquelle seulement il pourrait lui-même former cette demande en réduction.

557. Quant aux droits exclusivement attachés à la personne, les créanciers ne peuvent prétendre à les exercer.

Ainsi, quoiqu'un tiers eût commis un délit envers la personne du débiteur, par exemple, par injures, calomnies, voies de fait, ses créanciers n'auraient pas qualité pour poursuivre, à ce titre seul, l'auteur du fait, même pour obtenir simplement les dommages-intérêts qui pourraient être dus à leur débiteur, à raison du tort que le délit lui aurait causé. Car les dommages-intérêts, ou réparations civiles, dans ce cas, dérivent d'un droit exclusivement attaché à la personne, puisque ce n'est que la personne qui a été lésée, et que si sa fortune a pu souffrir quelque atteinte du délit, ce n'a été qu'indirectement et d'une manière éloignée. Le débiteur, en n'agissant pas, est censé par cela même remettre ou pardonner l'injure qui lui a été faite, ou n'en avoir pas été offensé.

558. Autre chose serait si le délit avait été commis à l'égard de ses biens ; par exemple, si c'était un vol, un incendie de sa propriété : ses créanciers, intéressés à la conservation de ces mêmes biens, qui sont leur gage général, pourraient exercer, en son nom, les actions en réparations civiles qu'il négligerait d'intenter, en agissant à cet égard suivant les voies que pourrait prendre le débiteur lui-même, et dans les délais de droit.

559. D'après le principe sur lequel repose cette

(1) On trouve au *Journal des Audiences*, un arrêt du 22 février 1701, qui a prononcé en ce sens.

(2) Code de Hollande, art. 1954.

(3) Ibid. art. 1137.

(4) *Voyez* tome VII, n° 267.

(5) Code de Hollande, art. 1107.

(6) *Voyez* tome VII, nos 510 et suivants, et tome VIII, n° 322.

(7) *Voyez* tome VIII, nos 291, 299 et 321 ; et tome VII, n° 257.

distinction, entre les faits qui concernent la personne du débiteur, et ceux qui concernent ses biens, on doit décider que les créanciers ne peuvent demander la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude du donataire, quoique par cette action les biens donnés rentrent dans le patrimoine du donateur, et l'augmentent. Car le donateur peut remettre l'injure qui lui a été faite, et dès qu'il n'agit pas, il est censé la pardonner, ou n'en avoir pas été offensé. Tandis qu'ils pourraient sans difficulté exercer, au nom de leur débiteur, l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aurait été faite (1), et même, si la donation avait été révoquée pour survenance d'enfants, comme les biens seraient rentrés de plein droit dans la main du donateur (art. 960 et 963) (2), les créanciers pourraient agir directement sur ces biens comme sur les autres biens de leur débiteur, les faire saisir et vendre sans demande préalable en révocation.

Si, pour prétendre que les créanciers peuvent exercer l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, l'on objectait que ce droit n'est pas exclusivement attaché à la personne, puisque, d'après l'art. 957 (3), les héritiers du donateur peuvent l'exercer, s'il est mort dans l'année du délit, nous répondrions que la loi considère ici les héritiers du donateur comme ne faisant qu'une seule et même personne avec lui, et leur reconnaît, d'après cela, le même droit. Mais autre chose sont les créanciers : quand le donateur n'agit pas, il est présumé remettre l'injure, et l'on a toujours reconnu que la remise de l'injure éteignait l'action en révocation pour cause d'ingratitude, ainsi que les autres actions qui ont la même cause ou le même fondement (4).

Le Code civil, au surplus, a innové aux anciens principes, en permettant aux héritiers du donateur d'*intenter* l'action en révocation pour cause d'ingratitude ; car cette action, comme les autres actions pour injure, s'éteignait jadis par la mort du donateur, ainsi que par la mort du donataire : seulement, si elle eût été déjà intentée par le donateur, ses héritiers pouvaient la continuer, en vertu de la règle : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.* L. 139, ff. *de Regul. juris* (5). Mais on n'a pas entendu pour cela que les créanciers du donateur qui garde le silence pussent venir demander une révocation pour une injure dont il ne se plaint pas.

Toutefois si, l'ayant déjà intentée lui-même dans le délai utile, il venait à mourir durant la poursuite, non-seulement ses héritiers pourraient la suivre, conformément à l'art. 957, mais encore ses créanciers le pourraient aussi ; car l'action ferait maintenant partie du patrimoine, ou de la succession, par le fait seul qu'elle a été exercée. C'est par ce motif que, dans les anciens principes, elle pouvait être continuée par les héritiers. Il est vrai que, dans le droit romain, on feignait pour cela une sorte de novation de l'action, opérée par la litiscontestation, et que dans notre droit français cette novation n'est point supposée ; mais nous n'avons pas besoin de cette fiction pour décider la même chose, puisque, d'après l'art. 957 précité, quoique le donateur fût mort après l'année du délit, ses héritiers n'en continueraient pas moins l'action qu'il a intentée dans l'année, tandis que s'il ne l'eût pas intentée, ils ne pourraient eux-mêmes l'exercer : ce qui est une preuve bien évidente que le droit s'est perpétué pour eux. Or il n'a pu se perpétuer que comme un droit faisant partie de la succession, et dont, par conséquent, les créanciers peuvent tirer avantage pour le payement de leurs créances. Il n'y a pas lieu de dire, dans ce cas, que le donateur a remis l'injure, comme dans le cas précédent, puisqu'au contraire, il avait demandé la révocation pour cette cause.

560. Les créanciers personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens. (Art. 1446) (6).

Ce droit est exclusivement attaché à la personne de la femme.

Néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture

(1) *Voyez* tome VIII, nos 540 et 561.

(2) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1729.

(4) *Voyez* Ricard *des Donations*, part. III, no 730 ; Rousseau de Lacombe, vo *Donation*, sect. 3, no 1 ; la loi 11, § 1, ff. *de Injuriis et famosis libell.* ; et § *ult.* Instit. *de Injuriis.*

(5) *Voyez* ce que nous avons dit sur cette cause de révocation des donations, tome VIII, no 554 à 572 inclusivement.

(6) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. (Art. 1446.)

561. Les créanciers de la femme mariée qui s'est obligée sans être dûment autorisée, peuvent-ils se prévaloir de la nullité de son engagement?

Nous avons discuté cette question au tome II, n° 512, où nous la décidons en faveur des créanciers, contrairement à l'opinion de M. Toullier. Selon nous, le droit de demander la nullité n'est point du nombre des droits exclusivement attachés à la personne, puisqu'il passe aux héritiers des époux. En disant que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers, l'article 225 (1) n'a pas entendu imprimer ce caractère à cette action; il a seulement voulu rendre relative à la femme, au mari ou à leurs héritiers, une nullité qui était absolue anciennement, qui pouvait être invoquée aussi bien par celui qui avait traité avec la femme, ou qui avait répondu pour elle, que par la femme elle-même. Cet article a été conçu dans le même esprit que l'article 1125 (2): la discussion élevée à son occasion fait foi de la vérité de cette assertion, et ne laisse même aucun doute sur son exactitude. Non, il n'a point été dans la pensée des rédacteurs du Code de rendre le moyen de nullité tiré du défaut d'autorisation, si exclusivement attaché à la personne, dans le sens de l'art. 1166, que les créanciers de la femme ne pourraient l'invoquer: ils exercent ses droits appréciables, pécuniaires, et celui dont il s'agit est évidemment relatif aux biens: donc ils peuvent faire ce qu'elle pourrait faire elle-même; sauf à l'autre partie à les écarter en les désintéressant, ou en prouvant que la femme a profité du contrat.

L'article 2012 (3) considère l'exception de minorité comme *purement personnelle;* c'est la qualification qu'il lui donne, ce qui est assurément bien plus expressif que le texte de l'art. 225, surtout lorsqu'on rapproche ces mots de l'article 1166, qui interdit aux créanciers d'exercer les droits qui sont *exclusivement attachés à la personne.* Or oserait-on soutenir que les créanciers d'un mineur lésé dans un contrat ne peuvent se prévaloir du moyen de nullité ou de rescision? Mais il est bien évident que cet art. 2012 ne considère l'exception de minorité comme purement personnelle, que pour la distinguer des exceptions réelles, exceptions que la caution peut invoquer comme le débiteur lui-même. C'est d'ailleurs ce qui est clairement établi par l'art. 2036 (4), au même titre. En général, un droit transmissible aux héritiers n'est pas un droit exclusivement attaché à la personne, quoiqu'il puisse d'ailleurs être personnel sous certains rapports, c'est-à-dire en ce sens que d'autres personnes que la partie ne peuvent s'en prévaloir, par exemple ceux qui ont répondu pour elle, qui l'ont cautionnée. Et bien certainement l'action en nullité qu'a le mineur passe à ses héritiers, comme celle qu'a la femme passe aux siens. Ces actions ne sont donc point des droits exclusivement attachés à la personne, dans le sens de l'art. 1169; dès lors, ils peuvent être exercés par les créanciers.

D'après la disposition finale de l'art. 1338, la ratification ou exécution volontaire d'une obligation contre laquelle la loi admettait l'action en nullité ou en rescision ne fait point préjudice aux droits acquis à des tiers au moment où cette ratification a eu lieu, quoique l'acquisition de ces droits fût postérieure à l'obligation ratifiée (5). Cette disposition s'applique à toute obligation quelconque susceptible d'être annulée ou rescindée, puisqu'elle ne fait aucune distinction; elle s'applique par conséquent aux obligations des femmes non autorisées ou des mineurs. Or, si la ratification donnée par la femme, avec l'autorisation du mari, ou après la mort de celle-ci, ne peut nuire aux tiers qui ont acquis des droits sur les mêmes biens, par exemple des droits d'hypothèque, de servitude, c'est évidemment parce que le moyen de nullité n'était pas un droit exclusivement attaché à la personne de la femme, puisque autrement ces tiers n'auraient point à se plaindre de la renonciation qu'elle y a faite en ratifiant, et ils n'auraient point dès lors la faculté, qui leur est cependant formellement accordée par cet article, d'écarter la ratification dans tout ce qu'elle peut avoir de contraire à leurs droits.

(1) Code de Hollande, art. 171.
(2) Ibid., art. 1367.
(3) Ibid., art. 1858.
(4) Code de Hollande, art. 1884.
(5) Ce qu'il faut même supposer pour que la disposition ait un sens raisonnable, et produise quelque effet.

Ainsi, sous tous les rapports, il est incontestable que les créanciers d'une femme qui s'est obligée sans être dûment autorisée, ou d'un mineur qui a été lésé, peuvent exercer le droit qu'a cette femme ou ce mineur de demander la nullité de son engagement, quand même leur débiteur ne le ferait pas, quand même il renoncerait formellement à le faire. Il en doit être de ce moyen comme de celui de la prescription, que les créanciers peuvent opposer quoique le débiteur y renonce. (Art. 2225.)

Mais il est clair toutefois que ceux qui ne seraient devenus créanciers que postérieurement à la ratification ne pourraient pas dire qu'elle a été faite à leur préjudice ; et même celle qui aurait eu lieu depuis qu'ils sont devenus créanciers, en temps de capacité, et de bonne foi, serait considérée par rapport à eux comme un nouveau contrat, comme valant *ut ex tunc ;* en conséquence, celui en faveur de qui elle a eu lieu serait aussi considéré comme créancier, puisque, quoique j'aie des dettes, rien ne m'empêche d'en contracter de nouvelles, et pourvu qu'elles ne soient pas simulées, les nouveaux créanciers ont le droit de concourir sur le produit de mes biens avec les anciens, sauf les causes de légitime préférence. (Art. 2093.) Mais la ratification ne peut faire aucun préjudice aux droits réels acquis à des tiers sur les mêmes biens antérieurement à cette ratification, quoique postérieurement à l'obligation ratifiée. Nous aurons au surplus à revenir sur ces points, quand nous traiterons de la confirmation des actes annulables ou rescindables.

562. Les créanciers peuvent-ils faire valoir le moyen de violence, d'erreur ou de dol que pourrait invoquer leur débiteur?

En matière de mariage, il n'y a que l'époux violenté ou induit en erreur (sur la personne) qui ait le droit de demander la nullité du mariage. (Art. 180) (1). Mais dans les autres cas, les héritiers de la partie qui a subi la violence, ou qui a erré sur la substance de la chose qui fait la matière du contrat, ou qui a été circonvenue et trompée, peuvent demander la nullité de ce contrat, s'ils sont encore dans le délai utile et si leur auteur n'a point ratifié ; car le droit de demander cette nullité n'est point un droit exclusivement attaché à la personne, puisqu'il est essentiellement relatif aux biens. Par conséquent, dans le cas où le débiteur serait mort sans avoir fait prononcer la nullité, et que sa succession serait insuffisante pour payer ses dettes, les créanciers seraient en droit de demander l'annulation de cet acte consenti par erreur, dol ou violence ; et ils le pourraient aussi de son vivant, quoiqu'il gardât le silence sur le vice de l'acte.

Vainement dirait-on que lui seul a su ou sait s'il a été violenté ou trompé, ou s'il y a eu erreur de sa part, et que dès qu'il a gardé ou qu'il garde le silence, ce silence doit être interprété en faveur de l'acte. Ce raisonnement n'est rien moins que concluant, parce que nous raisonnons dans la supposition que, soit les héritiers, soit les créanciers, ceux qui attaquent l'acte prouvent clairement qu'il est entaché du vice qu'ils lui reprochent. Les actions en nullité pour violence, dol ou erreur, dans les contrats ordinaires, ont toujours pu être exercées par les héritiers, et les exceptions nées de ces vices être opposées par eux ; par la même raison, les créanciers peuvent également les faire valoir, puisqu'ils peuvent exercer tous les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne ; or ces actions et exceptions, loin d'être exclusivement attachées à la personne, sont, au contraire, essentiellement relatives aux biens. Au lieu que le mariage produit des droits et des obligations essentiellement inhérents aux personnes ; d'où il a paru raisonnable de n'admettre que l'époux violenté ou induit en erreur à en demander la nullité pour ces causes.

563. Quant à la question de savoir si les créanciers d'un individu pourraient exercer en son nom une action en réclamation d'état, nous l'avons discutée au tome III, n° 160, où nous citons à ce sujet les paroles de M. d'Aguesseau, qui, tout en se retraçant les graves objections que l'on pourrait élever contre son sentiment, a néanmoins été de l'avis de l'affirmative dans une cause où il a porté la parole, mais où il y avait toutefois des circonstances particulières. Selon nous, une véritable réclamation d'état (parce que l'enfant ne serait point en possession de son

(1) *Voyez* tome II, n° 270.

état) est un droit de la nature de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne dans le sens de l'art. 1166, c'est-à-dire du nombre de ceux que les créanciers ne peuvent exercer, quoique les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé puissent eux-mêmes le faire dans les cas prévus par la loi. (Art. 329 et 330) (1). Sans doute des droits pécuniaires peuvent être attachés à l'état de la personne, et il en est même presque toujours ainsi ; mais ces droits ne sont qu'un objet indirect de la réclamation d'état, une simple conséquence de l'état lui-même, qui est un droit de la personne, un droit inaliénable, imprescriptible, caractères absolument différents des caractères qu'ont les droits qui ont pour objet direct les biens, ou qui y ont rapport.

§ III.

Du droit qu'ont les créanciers d'attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits.

SOMMAIRE.

564. *Les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.*
565. *Dans le droit romain, ils avaient à ce sujet l'action appelée* Paulienne.
566. *L'art. 1167 du Code civil ne contient à cet égard qu'un principe général; mais le Code de commerce renferme plusieurs dispositions spéciales relatives à cet objet.*
567. *Le Code civil lui-même en contient aussi quelques-unes par lesquelles il autorise les créanciers à attaquer les actes faits par leur débiteur, sur le fondement du seul* préjudice *que ces actes leur causent.*
568. *Mais, en principe, les actes à titre onéreux ne peuvent être attaqués que pour cause de fraude.*
569. *Dans le droit romain, les créanciers ne pouvaient se plaindre de la renonciation que leur débiteur insolvable avait faite à une succession, à un legs ou à un fidéicommis qui lui étaient échus.*
570. *Il en est autrement dans notre droit; mais les créanciers ne peuvent attaquer les actes de leur débiteur quand il n'est devenu insolvable que postérieurement aux actes.*
571. *Il est cependant un cas où un acte fait par un débiteur, même alors solvable, serait cependant nul dans l'intérêt des créanciers.*
572. *Suite de la théorie du droit romain sur cette matière; conséquences qui en résultaient, et rapprochements avec notre droit.*
573. *Les créanciers postérieurs aux actes ne peuvent les attaquer, sauf le cas particulier prévu à l'art. 444 du Code de commerce, première disposition.*
574. *Lorsque les actes sont révoqués, tous les créanciers concourent sur le produit des biens, sauf les causes de légitime préférence.*
575. *Distinction des lois romaines, quant aux acquéreurs, entre ceux qui avaient traité avec le débiteur à titre onéreux, et ceux qui avaient traité à titre gratuit; elle a été admise dans notre droit.*
576. *Effet des aliénations, à titre onéreux, de propriétés immobilières, faites soit dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, soit antérieurement, ou par un non commerçant.*
577. *Effets des donations d'immeubles antérieures aux dix jours, ou de donations de meubles faites même dans les dix jours, et des donations de l'une ou l'autre espèce de biens faites par un non commerçant.*
578. *Interprétation de l'art. 1464, relatif à la renonciation de la femme, ou de ses héritiers, à la communauté.*
579. *Les donations faites par contrat de mariage sont généralement passibles des dispositions auxquelles sont soumises les autres donations faites en fraude ou au préjudice des créanciers.*
580. *Les créanciers peuvent toujours attaquer les donations faites entre époux pendant le mariage.*
581. *Théorie du droit romain à l'égard des sous-acquéreurs.*
582. *Elle serait suivie, en général, dans notre droit.*
583. *Suite à l'égard de ceux qui ont reçu, des acquéreurs directs, des hypothèques ou autres droits réels sur les biens.*
584. *Durée de l'action dans le droit romain.*
585. *Sa durée sous le Code.*
586. *Manières dont la fraude peut se prouver dans ces cas.*
587. *Ce que peuvent faire les créanciers pour éviter qu'un partage ne soit fait en fraude de leurs droits.*
588. *A compter de la faillite, le failli est dessaisi de*

(1) Code de Hollande, art. 325 et 326.

l'administration de ses biens; conséquence.
589. *Tous actes ou payements faits en fraude des créanciers sont nuls.*
590. *Tous actes pour faits de commerce consentis dans les dix jours qui précèdent la faillite, sont présumés frauduleux quant au failli.*
591. *Tous payements faits dans la même période, pour dettes commerciales non échues, sont rapportés.*
592. *L'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes non échues.*
593. *La disposition de l'art. 443 du Code de commerce, qui déclare que nul ne peut acquérir privilége ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, doit être entendue, en général, seulement des priviléges conventionnels; et quant aux hypothèques, l'examen de cette disposition sera fait en son lieu.*

564. Non-seulement les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur, au nom de celui-ci, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne (art. 1166), mais ils peuvent aussi attaquer, en leur nom personnel, ceux qu'il a faits en fraude de leurs droits. (Art. 1167) (1). Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre *des Successions* et au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux,* se conformer aux règles qui y sont prescrites (2). (*Ibid.*)

565. C'est sur ce principe qu'était fondée, dans le droit romain, l'action révocatoire, autrement dite l'action *Paulienne,* ainsi nommée du préteur Paul qui l'avait introduite par son édit, et dont on trouve les règles et les effets au titre du Digeste : *Quæ in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur* (3).

566. L'art. 1167 du Code civil ne contient, au sujet des actes faits en fraude des créanciers, qu'un principe général, dont l'application est laissée à la sagessse des tribunaux, et se trouve, par conséquent, subordonnée aux faits et aux circonstances de la cause. Mais le Code de commerce, dans ses articles 443 et suivants, consacre plusieurs dispositions précises, où la nullité des actes qui y sont prévus n'est point laissée à la sagesse du juge, mais résulte, au contraire, du seul fait que l'acte a eu lieu dans telle circonstance déterminée. C'est une nullité de droit.

567. Le Code civil lui-même en contient pareillement quelques-unes, suivant lesquelles les créanciers peuvent agir, aussi en leur nom personnel, pour faire annuler l'acte fait par leur débiteur, sans être même tenus de prouver qu'il a voulu leur faire fraude : il suffit seulement qu'il leur ait fait préjudice par cet acte. Tel est le cas où le débiteur a renoncé, à leur *préjudice,* à une succession qui lui est échue, cas dans lequel ils peuvent, en vertu de l'art. 788, attaquer la renonciation, et se faire autoriser par justice à accepter la succession, jusqu'à concurrence du montant de leurs droits. Tel est aussi le cas où un usufruitier a renoncé, au *préjudice* de ses créanciers, à son droit d'usufruit (art. 622), et celui où un grevé de restitution a fait l'abandon anticipé de sa jouissance au préjudice des siens, dont le droit existait au moment de l'abandon. (Art. 1053) (4).

568. Mais quant aux actes à titre onéreux, et hormis les cas où la loi, par une disposition spéciale, annulerait l'acte, pour avoir été fait en telle ou telle circonstance, il est de principe que les créanciers ne peuvent attaquer ces actes qu'autant qu'ils auraient été faits en fraude de leurs droits, c'est-à-dire en vue de leur nuire, et que le débiteur leur aurait effectivement nui par ces mêmes actes.

En effet, l'art. 1167 du Code civil parle positivement des actes faits en *fraude* des droits des créanciers, et non pas seulement de ceux qui pourraient leur faire préjudice.

L'art. 447 du Code de commerce parle aussi des actes faits en fraude des droits des créanciers, et cet article est mis par opposition à plusieurs autres qui le précèdent, dans lesquels les actes ont pu leur causer un préjudice, et où cependant

(1) Code de Hollande, art. 1377.

(2) *Voyez* tome VI, nos 510 et suivants, et tome VII, no 504 et *seq.*

(3) Au Code, sous celui *de Revocandis his quæ in fraudem creditorum alienata sunt*, et, aux Institutes, § 6, *de Actionib.*

(4) Nous avons parlé de ces divers cas au tome IV, nos 698 et suivants; tome VI, no 510 et *seq.*; tome VII, nos 345 et suiv.; et tome IX, no 605 et *seq.*

les créanciers ne peuvent les faire annuler, si ces mêmes actes ne sont point frauduleux. Tel est notamment l'art 444, qui, dans sa seconde disposition, n'autorise les créanciers à demander la nullité des actes translatifs de propriétés immobilières à titre onéreux, faits dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, qu'autant que ces actes présenteraient aux juges des caractères de fraude. Cependant il est bien évident que ces mêmes actes peuvent causer un *préjudice* aux créanciers, puisque le débiteur a peut-être déjà reçu et dissipé, ou détourné, le prix des aliénations.

L'art. 445 consacre encore plus clairement, s'il est possible, cette doctrine, en disant : « Tous « actes ou engagements pour faits de commerce, « contractés par le débiteur dans les dix jours « qui précèdent l'ouverture de la faillite, sont « présumés frauduleux quant au failli; ils sont « nuls lorsqu'il est prouvé *qu'il y a fraude de la « part des autres contractants.* »

Tel était, ainsi que nous allons le démontrer, le système général du droit romain, qui voulait que les créanciers ne pussent attaquer même les donations, qu'autant que le donateur les avait réellement faites de mauvaise foi, et leur avait effectivement nui par elles. Mais nous allons examiner s'il en doit être de même chez nous, quant à ce point, dans ces sortes d'actes.

569. Les créanciers ne pouvaient même jamais se plaindre de la renonciation que leur débiteur avait faite à une succession qui lui était échue, ou à un legs ou à un fidéicommis qui lui avait été laissé ; et cela, encore qu'il eût été insolvable au moment de la renonciation, et qu'il eût su parfaitement la position actuelle de ses affaires. Les jurisconsultes romains n'avaient vu dans ces renonciations qu'une occasion manquée d'acquérir, la simple omission d'un moyen de s'enrichir, et non une aliénation : ce n'était point à leurs yeux une diminution du patrimoine du débiteur (1). Ils le décidaient ainsi même à l'égard de l'héritier *sien* qui s'abstenait de l'hérédité paternelle (2) quoique cet héritier fût héritier de plein droit, comme on l'est dans le droit français, en vertu de la maxime : *Le mort saisit le vif.*

570. Nous n'avons point admis cette doctrine dans notre jurisprudence : dès qu'un héritier ou un légataire insolvable renonce, au *préjudice* de ses créanciers, à la succession qui lui est déférée ou au legs qui lui a été fait, ils peuvent attaquer sa renonciation, jusqu'à concurrence de leurs créances, sans être même tenus, ainsi que nous l'avons dit, de prouver qu'il a agi pour leur faire fraude, et sans même que la preuve contraire fût admissible pour faire rejeter leur demande. Ils ont seulement à prouver le préjudice que leur a causé la renonciation, c'est-à-dire que le débiteur était alors insolvable, et qu'il s'est enlevé, en la faisant, le moyen qu'il avait de remplir ses engagements envers eux. Car il est clair que s'il eût été solvable au moment de la renonciation, ou de tout autre acte, et qu'il n'eût pas cessé de l'être par l'acte lui-même, comme les créanciers n'auraient pu alors s'en plaindre, les événements postérieurs qui l'auraient rendu insolvable en tout ou partie ne sauraient les autoriser à en demander la nullité; parce qu'en effet, non-seulement cet acte n'aurait pas été fait en *fraude* de leurs droits, mais il n'aurait même pas été fait simplement à leur *préjudice*. Vainement ils prétendraient que sans l'acte le débiteur aurait peut-être aujourd'hui dans ses biens des objets qui n'y sont pas, et qu'ainsi, quoiqu'on ne puisse dire que cet acte est frauduleux, néanmoins, par l'événement, il leur fait réellement préjudice. Si ce langage devait être écouté, personne ne voudrait contracter, dans la crainte que celui avec qui l'on traiterait, et qui aurait alors des dettes, ne devînt insolvable dans la suite. On pourrait, de la sorte, remonter à des actes très-anciens, faits à une époque où le débiteur était cependant parfaitement solvable, et il n'y aurait plus de sûreté dans les conventions.

571. Néanmoins il est un cas où, quoique le débiteur fût parfaitement solvable au moment de l'acte, et qu'il n'eût pas cessé de l'être par l'acte lui-même, il y aurait cependant lieu à la nullité dans l'intérêt des créanciers ; c'est le cas prévu à l'art. 444 du Code de commerce, suivant lequel « tous actes translatifs de propriétés immobiliè- « res, à titre gratuit, faits dans les dix jours qui

(1) L. 6, ff. *Quæ in fraudem credit.*

(2) *Voyez* tome VII, nº 346.

« précèdent l'ouverture de la faillite, sont nuls « et sans effet relativement à la masse des créan- « ciers. » En sorte que si, après avoir fait une donation d'immeubles, le donateur, quoique alors très-solvable, éprouvait de suite des pertes qui l'obligeraient à manquer à ses engagements et à déposer son bilan, par exemple par l'effet d'une faillite, et que l'ouverture de la sienne fût déclarée remonter à une époque qui ne serait point postérieure de plus de dix jours à la donation, cette donation ne serait pas moins nulle et sans effet par rapport à la masse des créanciers, bien que le donateur l'eût ainsi faite dans un temps où il était solvable, et qu'elle ne le fît pas cesser de l'être. Mais c'est parce que la loi, dans ce cas, établit, en faveur des créanciers, une présomption contre laquelle elle n'a point réservé de preuve contraire, ce qui rend applicable le principe consacré par l'art. 1352 (1) du Code civil, ainsi conçu : « Nulle preuve n'est admise contre la « présomption de la loi, lorsque, sur le fonde- « ment de cette présomption, elle annule cer- « tains actes, ou dénie l'action en justice, à « moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, « sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu de « la partie. »

572. Outre la disposition qui ne permettait pas aux créanciers d'attaquer les renonciations faites par le débiteur aux successions qui lui étaient échues et aux legs et fidéicommis qui lui avaient été laissés, le droit romain, comme nous l'avons dit plus haut, voulait que les créanciers ne pussent critiquer les autres actes, même ceux faits à titre purement gratuit, qu'autant que le débiteur les avait faits en fraude de leurs droits, dans l'intention de leur nuire, et qu'il leur avait nui en effet, en cessant, par ces actes, d'être solvable, en tout ou partie. Il fallait, comme disaient les jurisconsultes, *consilium et eventus* (2). De là les conséquences suivantes :

1° Si le débiteur, au moment où il faisait une donation, croyait réellement avoir encore suffisamment dans son patrimoine de quoi remplir ses obligations, indépendamment de l'objet donné, la donation n'était pas moins inattaquable, quoiqu'au moment où elle avait eu lieu le donateur, par suite de pertes qui lui étaient alors inconnues, par exemple par suite de la perte d'une riche cargaison, qu'il ignorait, n'avait plus de quoi faire face à ses engagements.

2° Si, au contraire, il eût cru, en faisant la donation, qu'il cessait par là d'être solvable, tandis qu'il l'était encore, l'insolvabilité survenue depuis n'autorisait pas les créanciers à faire révoquer l'acte ; et à plus forte raison s'il était encore solvable au moment de la poursuite des créanciers, puisque ceux-ci étaient alors sans intérêt à attaquer les actes.

3° Aussi les créanciers, avant de pouvoir faire prononcer la révocation des actes, même des donations, étaient-ils tenus de discuter le débiteur dans ses biens ; et cela serait pareillement nécessaire dans notre droit, si les tiers l'exigeaient. Et comme, dans ce cas, la discussion du débiteur ne serait pas un bénéfice ou une faveur de la loi, ainsi qu'elle l'est dans celui du cautionnement (art. 2021) (3); qu'elle serait simplement le moyen d'établir que le débiteur a fait fraude à ses créanciers, ou, en d'autres termes, que ceux-ci sont dans le cas prévu par la loi pour attaquer ses actes, les tiers, disons-nous, ne seraient point obligés de remplir les obligations qui sont imposées à la caution par l'art. 2023 (4).

4° Il résultait aussi du même principe que les seuls créanciers qu'avait le débiteur au moment des actes, avaient le droit de les attaquer ; en sorte que, lors même qu'en faisant tel acte, il eût su qu'il allait préjudicier à tel créancier, en cessant par là d'être solvable à son égard, s'il l'eût néanmoins payé, et qu'ensuite il eût con-

(1) Code de Hollande, art. 1958.

(2) Toutefois, le principe : *Nemo liberalis, nisi liberatus*, recevait son entière application aux cas de donations à cause de mort, de legs et de fidéicommis, même aux cas de la liberté donnée aux esclaves, quelque favorable que fût l'affranchissement. La volonté du donateur ou testateur ne pouvait préjudicier aux droits des créanciers, lesquels étaient toujours payés par préférence aux donataires à cause de mort, aux légataires et fidéicommissaires, et avant que les esclaves fussent affranchis, à moins que ceux-ci ne donnassent caution pour répondre du payement des dettes. L. 6, § *penult.*, ff. *Quæ in fraudem credit.*; L. 1, § 1, ff. *Si quid in fraud. patroni*; L. *ult.*; Cod. *Qui manumitt. non posse*; et § *ult.* Inst. *de Lege falcidia.*

Chez nous aussi, dans tous les cas, les créanciers sont payés par préférence aux légataires : voyez tome VIII, n° 323.

(3) Code de Hollande, art. 1868, 1869 et 1870.

(4) Ibid., art. 1871.

tracté avec une autre personne, sans avoir l'intention de lui faire fraude, ce second créancier ne pouvait attaquer cet acte; car il n'avait pas été fait en fraude de ses droits. Il eût pu toutefois l'attaquer, si le premier créancier eût été payé avec ses deniers.

Toute cette théorie résulte positivement des L. 1re *princip.;* L. 10 § 1; LL. 15 et 16 du titre *Quæ in fraudem creditorum facta sunt*, au Digeste.

573. L'art. 1053 (1) du Code civil réserve aussi aux seuls créanciers antérieurs à l'abandon anticipé que le grevé a fait de sa jouissance, et qui leur préjudicie, le droit d'attaquer cet abandon, parce qu'en effet il ne préjudicie réellement qu'à eux seulement. C'est même un principe généralement applicable, sauf néanmoins le cas de donation d'immeubles faite dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du débiteur, donation nulle et sans effet relativement à la *masse* des créanciers indistinctement; tellement que celui qui ne serait devenu créancier que postérieurement à la donation (mais avant l'ouverture de la faillite, car tous actes postérieurs à l'ouverture de la faillite sont nuls de droit, article 442, Code de comm.) serait non-seulement admis à participer à la distribution du prix provenant des biens donnés, mais encore aurait droit de demander la nullité de la donation dans son intérêt, si les autres créanciers ne le faisaient pas, ou si le donataire les avait désintéressés; et cela, encore que le donataire eût fait transcrire avant le moment où la créance dont il s'agit aurait été formée. La donation, dans ce cas, est nulle et de nul effet par rapport à *tous* les créanciers; la loi a pensé que, faite à une époque si rapprochée de celle de l'ouverture de la faillite, elle pourrait préjudicier non-seulement à ceux qui seraient déjà créanciers du donateur, mais encore à ceux qui pourraient le devenir de suite, dans l'ignorance d'un acte récent qui enlèverait au débiteur les objets qu'elle a considérés comme les plus importants, et sur la foi desquels on doit raisonnablement supposer qu'ils ont traité avec lui. A plus forte raison devrait-on le décider ainsi dans le cas où le donataire n'aurait pas encore fait transcrire au moment où ces nouveaux créanciers ont contracté avec le donateur; car, comme nous l'avons dit en parlant de la transcription des donations (2), les créanciers, même chirographaires, peuvent opposer le défaut de transcription, pourvu que leurs titres aient acquis date certaine avant qu'elle ait eu lieu.

Mais dans les autres cas, si le tiers, donataire ou acquéreur à titre onéreux, n'importe, et contre lequel l'action en révocation peut être exercée, désintéresse les créanciers antérieurs aux actes, il prévient l'action, ou en arrête le cours, quand même il y aurait d'autres créanciers.

574. Si, au contraire, la révocation ou annulation des actes est prononcée, parce que les tiers acquéreurs n'ont pas jugé à propos de désintéresser les créanciers antérieurs, alors s'élève la question de savoir si les nouveaux créanciers peuvent concourir avec les premiers sur le produit des biens, objets de ces actes? La raison d'en douter se tire de ce que l'action dont il s'agit a évidemment été introduite en faveur des seuls créanciers auxquels les actes peuvent préjudicier, par conséquent en faveur des créanciers antérieurs aux actes; aussi agissent-ils en leur nom personnel, et non pas au nom du débiteur (art. 1167): d'où il semblerait devoir résulter qu'eux seuls devraient profiter de la révocation ou annulation. Mais la raison de décider, selon nous, que tous, au contraire, doivent être admis, sauf les causes de légitime préférence, c'est-à-dire les priviléges et les hypothèques (article 2094), c'est que, par l'annulation ou révocation des actes, les biens rentrent dans le domaine du débiteur, comme s'ils n'en étaient jamais sortis; ils ne peuvent entrer dans celui des créanciers, qui ont seulement le droit de les faire saisir, vendre pour être payés sur le prix, et la vente se poursuit sur le débiteur, comme s'il n'eût pas aliéné; car elle ne peut se poursuivre sur aucun autre. Les biens ainsi rentrés dans son patrimoine sont donc le gage commun de tous les créanciers, aux termes de l'art. 2093, sauf les causes de légitime préférence; mais la loi n'en reconnaît pas d'autres que

(1) Code de Hollande, art. 1024.

(2) Tome VIII, no 517, où nous citons toutefois un arrêt qui a jugé le contraire.

les priviléges et les hypothèques ; l'antériorité des actes n'en donne aucune : la priorité de saisie n'en donne même pas. Ce serait un de ces cas où l'on a par le moyen d'un autre un droit que l'on n'aurait pas de son chef, et dont nous avons cité plus d'un exemple jusqu'ici. Au reste, la question ne serait pas douteuse dans les cas de donations d'immeubles faites dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du donateur puisque la loi les déclare nulles et de nul effet relativement à la *masse* des créanciers, par conséquent dans l'intérêt de tous.

575. Les lois romaines établissaient une distinction parfaitement raisonnable entre ceux qui avaient traité à titre onéreux avec le débiteur, et ceux qui avaient traité à titre gratuit; et l'art. 444 du Code de commerce consacre positivement cette distinction, au sujet des aliénations d'immeubles faites dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite. Le principe sur lequel elle repose est applicable aussi aux actes d'aliénations ou d'obligations de choses mobilières, sauf ce qui est dit aux art. 445 et 446 du même Code, relativement aux payements de dettes commerciales non échues, faits dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, et aux priviléges et hypothèques établis pendant la même période. Nous en parlerons tout à l'heure.

Il fallait, pour que les actes à titre onéreux pussent être révoqués, que ceux qui avaient traité avec le débiteur eussent été complices de la fraude qu'il avait voulu faire par ces actes à ses créanciers; tandis qu'il n'était pas nécessaire, pour que les actes à titre gratuit fussent sujets à révocation, que le donataire eût été complice de la fraude du donateur : il suffisait que celui-ci eût eu l'intention de nuire à ses créanciers en faisant l'acte, et que cet acte en effet leur fît préjudice.

La raison de cette différence tenait à ce que les donataires, combattant pour faire ou du moins pour conserver un gain, étaient moins dignes de faveur que les créanciers, qui combattaient pour éviter un dommage. Au lieu que les acquéreurs à titre onéreux combattent aussi comme les créanciers pour éviter une perte, puisqu'ils ont payé la chose : sous ce rapport, ils sont tous *in pari causa*, mais, sous un autre rapport, ces acquéreurs ont un avantage, celui de la possession, qui, à toute chose égale, doit protéger celui qui l'a en sa faveur. De là cette règle de droit : *In pari causa, melior est causa possessoris.*

576. Nous disons que l'art. 444 du Code de commerce consacre cette distinction : effectivement, suivant cet article, « tous actes translatifs « de propriétés immobilières, à titre gratuit, faits « dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de « la faillite, sont nuls et sans effet relativement à « la masse des créanciers; tous actes du même « genre, à titre onéreux, sont susceptibles d'être « annulés sur la demande des créanciers, s'ils « paraissent aux juges porter des caractères de « fraude. » Or, bien certainement il ne suffirait pas, pour que ces derniers actes pussent être annulés, que le débiteur eût eu, en aliénant ses biens, l'intention de faire fraude à ses créanciers; il faudrait de plus que les acquéreurs eussent agi de concert avec lui, soit par le moyen d'une vente simulée ou faite à vil prix, soit même par le moyen d'une vente à un prix ordinaire, mais avec la connaissance que le vendeur vendait dans la vue de soustraire le prix de la vente aux poursuites de ses créanciers, prêtant ainsi les mains à la fraude qu'il voulait leur faire. Puisque c'est contre eux que l'annulation est prononcée, il est clair que la loi, en parlant de la fraude comme cause de cette annulation, a voulu parler aussi de leur propre fraude, ou, en d'autres termes, de leur complicité dans celle du débiteur. Mais comme la fraude ne se présume pas, que c'est à celui qui l'allègue à la prouver (art. 1116 et 2268) (1), les créanciers, demandeurs en nullité, devraient la prouver non-seulement en ce qui concerne le débiteur, mais encore à l'égard des acquéreurs.

Au surplus, en disant que les actes translatifs de propriétés immobilières à titre onéreux, faits dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, sont susceptibles d'être annulés sur la demande des créanciers, s'ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude, l'art. 444 du Code de commerce n'a pas pour objet, *e contrario*, de soustraire à la nullité les actes du même genre faits avant les dix jours : ces actes restent

(1) Code de Hollande, art. 1364 et 2002.

soumis au principe général de l'art. 1167 du Code civil, et à la disposition de l'art. 447 du Code de commerce, portant que « *tous* actes ou payements « faits en fraude des créanciers sont nuls. »

La démarcation des dix jours n'a été établie que pour frapper d'une nullité de droit les actes translatifs de propriétés immobilières, à titre gratuit, faits dans cette période par un individu tombé ensuite en faillite ; par conséquent par un commerçant, car les commerçants seuls peuvent faire faillite proprement dite : les non-commerçants insolvables peuvent seulement tomber en état de déconfiture. Et si, dans une foule de cas, l'état de déconfiture est assimilé à l'état de faillite, et en produit les effets, ce n'est pas du moins en ce qui concerne la nullité de droit établie par cet article 444. L'époque précise de la déconfiture n'est pas susceptible d'être constatée comme celle de l'ouverture de la faillite; elle n'est point non plus, comme celle-ci, déclarée par jugement. La loi n'a donc pu vouloir asseoir sur une base aussi incertaine, une présomption qui entraînerait de plein droit la nullité des actes, comme elle l'a fait, dans le cas de faillite, à l'égard de ceux qui seraient consentis dans les dix jours qui précèdent son ouverture, et toutefois encore sous les distinctions qu'elle a établies.

577. Pour les donations d'immeubles antérieures aux dix jours, pour celles de choses mobilières faites avant ou dans cette période, et pour celles soit d'immeubles soit de meubles faites par un non commerçant, elles ne sont pas moins susceptibles d'être annulées, s'il y a lieu : seulement elles ne sont pas nulles de plein droit, comme le sont les donations d'immeubles faites par un commerçant dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de sa faillite. Mais l'on peut se demander s'il est nécessaire, pour qu'elles soient annulables, qu'elles aient été faites par un donateur de mauvaise foi, qui sût, en les faisant, qu'il ne lui resterait pas suffisamment de quoi payer toutes les dettes qu'il avait alors? Ou bien s'il suffit que ces actes fassent préjudice aux créanciers, parce que le débiteur, quoique de bonne foi, était néanmoins alors insolvable, ou cessait de l'être par l'effet des actes eux-mêmes? Ce concours de circonstances sera rare sans doute, mais il n'est pas impossible, ainsi que nous allons le démontrer.

Nous avons vu que, dans le droit romain, les donations entre-vifs n'étaient révocables qu'autant que le débiteur les avait faites de mauvaise foi, sachant qu'il ne lui restait pas de quoi faire face à ses obligations, et lorsqu'en effet il s'était par là rendu insolvable. Nous avons même vu que les créanciers n'avaient pas le droit d'attaquer les répudiations de successions, legs ou fidéicommis, quoique l'héritier, le légataire ou le fidéicommissaire eût su, en répudiant le droit, qu'il se privait par là des moyens de remplir ses engagements. Mais ni le Code civil ni le Code de commerce ne s'expliquent positivement sur la question. Ce dernier Code se borne à établir la nullité de droit à l'égard des actes translatifs de propriétés immobilières, à titre gratuit, faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite ; et le Code civil consacre seulement par son art. 1167, le principe général, « que les créan- « ciers peuvent attaquer, en leur nom personnel, « les actes que leur débiteur a faits en fraude de « leurs droits. »

Il est toutefois certain que, lors même que l'on devrait décider qu'il n'y a lieu à annuler les donations dont il vient d'être parlé, qu'autant que le donateur les aurait faites de mauvaise foi, il ne serait pas nécessaire, en outre, pour cela, que les donataires fussent complices de la fraude du donateur; le droit romain lui-même ne l'exigeait pas.

Mais, d'un autre côté, il nous paraît certain aussi que, hors le cas de donation d'immeubles faite dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du donateur, si celui-ci était encore resté complétement solvable malgré la libéralité qu'il a faite, il n'y aurait pas lieu, pour les créanciers, d'attaquer l'acte à cause de l'insolvabilité survenue depuis qu'il a été fait; et à plus forte raison ce droit ne saurait-il appartenir aux créanciers postérieurs à l'acte. Seulement, si la donation était d'une somme qui n'eût point encore été payée, le donataire serait lui-même un créancier, qui viendrait, comme les autres, par contribution, sauf encore les causes de légitime préférence, c'est-à-dire les priviléges et les hypothèques. (Art. 2093.) Car, dans l'hypothèse, non-seulement l'on ne pourrait dire que la dona-

tion a été faite en fraude des droits des créanciers, mais l'on ne pourrait même dire avec exactitude qu'elle a été faite à leur préjudice. Ce seraient les événements postérieurs qui auraient dérangé la fortune du donateur, qui seraient réellement la cause de la perte qu'ils éprouveraient, mais le donataire n'en est pas responsable. Sauf, bien entendu, à ceux qui auraient des hypothèques ou priviléges sur les biens donnés, à les exercer.

Mais, dans l'appréciation de la solvabilité du débiteur après avoir fait les donations, il y aurait à prendre en considération la nature des biens qui lui restaient, et surtout les époques d'échéance de ses dettes; car, pour les dettes à long terme, et pour les rentes, dont le capital n'est point exigible, l'on sent aisément que les créanciers étant exposés à voir encore le patrimoine du débiteur se diminuer par des ventes ou autres actes, et celui-ci contracter de nouvelles dettes, de manière que les biens qui, après les donations, auraient amplement suffi à les payer tous, sont ensuite devenus insuffisants pour les payer au moment de l'exigibilité des dettes, toutes ces circonstances, disons-nous, seraient à considérer dans l'appréciation de la solvabilité du débiteur après avoir fait les donations que les créanciers voudraient attaquer comme faites au préjudice de leurs droits.

Mais quant à la question posée d'abord, celle de savoir si le simple préjudice causé par les donations suffit pour que les créanciers puissent les attaquer, quoiqu'il n'y ait pas eu de mauvaise foi de la part du débiteur, elle doit être résolue affirmativement.

Ainsi, que l'on suppose qu'un oncle fasse une donation à sa nièce à une époque où il ignore la perte d'un navire chargé de marchandises considérables qui lui appartenaient, ou l'incendie de sa fabrique, ou une faillite dans laquelle il se trouve pour de fortes sommes, et que ces pertes le rendent insolvable en tout ou partie: dans le droit romain, cette donation n'en eût pas moins été inattaquable; mais dans notre droit, elle doit être annulée sur la demande des créanciers qu'avait le donateur lorsqu'elle a été faite, du moins elle doit l'être jusqu'à due concurrence, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de ce qui serait nécessaire pour combler le déficit que les créanciers trouveraient dans ce qui resterait de biens à leur débiteur. Car, quoique ces mots, *en fraude de leurs droits*, employés dans l'art. 1167 du Code civil, et reproduits avec quelques variantes dans les art. 444 et autres du Code de commerce, aient eu pour objet d'exprimer la mauvaise foi du débiteur, et même, dans la plupart des cas, la complicité aussi de ceux qui ont traité avec lui, néanmoins, en matière de dispositions à titre gratuit, il suffit, pour que les créanciers puissent attaquer les actes, qu'ils prouvent simplement que ces actes leur ont fait préjudice, en rendant leur débiteur insolvable en tout ou partie. Les créanciers combattent pour éviter un dommage, tandis que les donataires combattent pour faire ou pour conserver un gain: les premiers sont donc plus dignes de faveur que les seconds.

Il y aurait une grande inconséquence de vue dans le législateur si l'on devait décider autrement. En effet, les créanciers d'un héritier qui renonce à la succession simplement à leur préjudice, c'est-à-dire sans avoir l'intention de leur faire fraude, mais en leur nuisant néanmoins par sa renonciation, peuvent faire annuler cette renonciation jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (art. 788) : cependant cet héritier pouvait avoir de très-bons motifs pour renoncer, soit dans la vue d'éviter l'obligation de rapporter à la masse ce qu'il avait reçu du défunt par simple avancement d'hoirie, soit pour s'épargner les embarras de la liquidation d'une hérédité qu'il ne croyait peut-être pas aussi bonne que ses créanciers l'ont ensuite pensé. Il voulait rester dans la même position, tout comme si cette hérédité ne lui fût point échue. Et, d'un autre côté, on maintiendrait nécessairement les actes par lesquels le débiteur aurait réellement diminué son patrimoine, qui était le gage général de ses créanciers, sans que ces mêmes créanciers, qui souffrent de cette diminution, pussent s'en plaindre ! Mais alors, nous le répétons, il n'y aurait point d'unité de vue dans la loi; elle consacrerait des principes opposés, ce que l'on ne saurait admettre.

On a vu aussi précédemment que, d'après les art. 622 et 1053, la renonciation faite par l'usufruitier ou le grevé de restitution, ne peut nuire à leurs créanciers; qu'il suffit, pour que ceux-ci puissent l'attaquer, qu'ils établissent qu'elle leur

préjudicie, en diminuant la solvabilité de leur débiteur; et une donation par laquelle ce débiteur aliène ses propres biens devrait cependant être sacrée pour eux! Nous ne saurions admettre une pareille inconséquence : produisant le même effet pour les créanciers, ceux-ci, par le même motif, doivent pouvoir l'attaquer, en se fondant sur la même cause, c'est-à-dire sur le préjudice qu'elle leur fait éprouver. L'art. 2225 est aussi dans le même esprit.

578. Et bien que l'art. 1464 soit rédigé dans des termes qui ne sont pas absolument les mêmes que ceux des art. 788, 622 et 1053, puisqu'il parle de *fraude*, néanmoins nous ne doutons pas que le mot *fraude* n'y soit employé dans le sens de *préjudice*. Il est ainsi conçu : « Les créanciers « de la femme peuvent attaquer la renonciation « qui aurait été faite par elle ou ses héritiers « *en fraude* de leurs créances, et accepter la « communauté de leur chef. » La femme ou ses héritiers ont encore bien moins de motifs de renoncer à la communauté, qu'un héritier peut en avoir pour renoncer à la succession, puisqu'ils ne sont tenus des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qu'ils y prennent (art. 1483) (1) ; au lieu que l'héritier qui n'a pas eu la précaution d'accepter sous bénéfice d'inventaire, est tenu des dettes *etiam ultra vires*. D'où il faut tirer la conséquence que si la loi a permis aux créanciers d'attaquer la renonciation à la succession, quoiqu'elle n'eût point été faite de mauvaise foi, mais par cela seul qu'elle leur cause un préjudice, elle a dû vouloir, au moins *a pari ratione*, leur permettre d'attaquer la renonciation à la communauté faite avec les mêmes résultats pour eux.

Nous avons démontré, au tome VII, nos 347 et suivants, que la femme qui renonce à la communauté diminue réellement son patrimoine, du montant de sa part dans cette même communauté, comme un héritier qui renonce à l'hérédité ouverte à son profit (et dont il était saisi de plein droit, art. 724), diminue le sien, de la valeur de cette hérédité ; que si la femme par là renonce simplement à la *faculté* qu'elle avait d'accepter la communauté, ainsi que le dit Lebrun, dont Pothier avait d'abord adopté le raisonnement et la décision, mais qu'il a ensuite abandonnés, de même l'héritier renonce à la *faculté* qu'il avait de choisir entre l'acceptation et la renonciation, et que, dans un cas comme dans l'autre, nos lois ont considéré la renonciation comme une diminution du patrimoine de celui qui l'a faite. Sans cela, l'on n'eût pas dû donner aux créanciers le droit de l'attaquer même sur le motif de fraude ; car il ne saurait y avoir de renonciation frauduleuse à une chose que l'on n'a pas dans son patrimoine. Aussi les jurisconsultes romains étaient-ils conséquents dans leur système : s'ils n'admettaient jamais les créanciers d'un héritier ou d'un légataire à attaquer la répudiation de l'hérédité ou du legs, c'est qu'ils n'y voyaient point une diminution du patrimoine du débiteur, mais seulement une occasion négligée de l'augmenter. Mais chez nous une autre manière de voir, beaucoup plus raisonnable, a prévalu : celui qui renonce à une *faculté* qu'il avait d'augmenter son patrimoine diminue par cela même ce patrimoine de toute la valeur de cette faculté. Nous le répétons, si l'on n'avait pas envisagé la chose sous cet aspect, les créanciers de la femme qui a renoncé à la communauté n'auraient pas dû avoir le droit d'attaquer la renonciation même pour cause de fraude ; car il n'y aurait pas eu plus de fraude qu'il n'y en avait, suivant le droit romain, dans la renonciation à une succession ou à un legs. Mais s'ils peuvent attaquer la renonciation à une succession sur le fondement du simple préjudice, par la même raison ils peuvent attaquer la renonciation à la communauté en se fondant sur le même motif. Pothier avait fini par voir dans cette dernière renonciation, une aliénation en faveur de ceux qui en profitaient, un don du droit de prendre part dans la communauté, comme serait la renonciation d'un associé ordinaire au droit de prendre sa part dans la société ; quoique d'ailleurs il ne vît point cette aliénation ni ce don dans la renonciation à une succession. D'où il tirait la conséquence que celui qui avait profité de la renonciation à la communauté était assujetti au rapport à la succession de la femme renonçante, s'il devenait son héritier ; tandis qu'il décidait que le rapport n'était pas dû par celui qui avait profité de la renonciation à l'hérédité, et qui

(1) Code de Hollande, art. 185 et 186.

devenait l'héritier du renonçant. Pour Lebrun, c'était tout le contraire : il soumettait ce dernier au rapport, et en exemptait l'autre. Mais il y avait inconséquence et désaccord de principes chez l'un et l'autre jurisconsulte. Dans les deux cas il y a lieu au rapport, parce que dans les deux cas il y a avantage indirect, ce qui suffit, d'après l'art. 843, pour que le rapport soit dû; et par les mêmes raisons les créanciers, aussi dans les deux cas, doivent pouvoir attaquer la renonciation, non-seulement lorsqu'elle a été faite en fraude de leurs droits, mais encore lorsqu'ils établissent simplement qu'elle leur a fait préjudice. Ainsi, dans l'art. 1464, le mot *fraude* est pris aussi pour *préjudice*.

579. Les donations faites par contrat de mariage qui font préjudice aux droits des créanciers sont-elles annulables sur la demande de ces derniers, quoique l'époux donataire ait reçu la libéralité de bien bonne foi?

Et celles d'immeubles faites dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du donateur sont-elles nulles de droit, quoique le donataire n'eût point été complice de la mauvaise foi du donateur, en supposant que celui-ci ait agi de mauvaise foi?

Suivant la loi 25, § 1, ff. *Quæ in fraudem credit.*, lorsqu'un débiteur insolvable, et qui connaissait sa situation, a doté sa fille, l'on doit distinguer, quant au mari, si celui-ci a ou non participé à la fraude que le beau-père faisait à ses créanciers par la constitution de dot. Dans le premier cas, il y a lieu à la révocation même en ce qui concerne le mari; dans le second, ses droits sur la dot doivent être respectés, attendu qu'il ne l'a pas reçue à titre gratuit, mais bien pour supporter les charges du mariage, *ad onera matrimonii sustinenda*. Cette distinction doit être admise dans notre droit, même dans le cas de l'art. 444 du Code de commerce; car par rapport au mari, la constitution de dot n'est point un acte translatif de propriétés immobilières *à titre gratuit*, c'est simplement une concession de jouissance *à titre onéreux*.

Mais quant à la fille dotée, le jurisconsulte Vénuléïus ajoute, dans la loi ci-dessus, que, soit qu'elle ait eu ou non connaissance de la situation réelle des affaires de son père au moment de la constitution de dot, l'acte n'en peut pas moins être révoqué, parce que, à son égard, c'est une donation. Or, ainsi que nous l'avons dit, il n'était pas nécessaire, pour que les donations fussent révocables, que le donataire eût été complice de la fraude du donateur; il fallait seulement que celui-ci eût agi de mauvaise foi et qu'il eût réellement causé un préjudice aux créanciers qu'il avait lors de l'acte, en cessant d'être solvable par la donation. Et il est cependant à remarquer que, dans le droit romain, le père était tenu de doter sa fille; et s'il se refusait à consentir à son mariage sans aucun motif raisonnable, il pouvait y être contraint par le magistrat, et contraint aussi de la doter (1); tandis que sous le Code, l'enfant n'a pas le droit d'exiger de ses père et mère une dot ou les moyens de former un établissement quelconque (art. 204) (2); en sorte que chez nous, la constitution de dot par le père a encore plus le caractère d'une libéralité, s'il est possible, qu'elle ne l'avait chez les Romains.

Il est vrai que chez nous aussi, toute personne qui constitue une dot est tenue à la garantie (articles 1440 et 1547) (3), et l'on a même jugé en cassation (4), dans une espèce née avant le Code, que, de droit commun, la garantie est due aussi au mari donataire par contrat de mariage; au lieu que dans le droit romain, elle n'était due au donataire quelconque qu'autant qu'il y avait stipulation à cet égard (5). La cour de cassation a motivé sa décision sur ce que « les donations par « contrat de mariage sont des actes *à titre oné-* « *reux*, qui ne peuvent s'assimiler à de pures « libéralités, et qui doivent produire, en consé- « quence, l'effet de garantie attachée aux contrats « de cette espèce. »

Si cela était vrai d'une manière absolue, il faudrait dire que même les donations d'immeubles faites par contrat de maiage, dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du donateur, ne sont pas nulles de droit; qu'elles sont

(1) L. 19, ff. *de Ritu nuptiarum*. *Voyez* tome III, nos 73 et 381.

(2) Code de Hollande, art. 375.

(3) Dispositions supprimées dans le Code de Hollande.

(4) *Voyez* au tome VIII, no 528, l'arrêt de rejet du 22 nivôse an x, et l'espèce sur laquelle il a été rendu.

(5) L. 2, Cod. *de Evictionibus*.

seulement susceptibles d'être annulées, sur la demande des créanciers, et dans le cas où elles présenteraient aux juges des caractères de fraude, c'est-à-dire, suivant ce qui a été expliqué au sujet des actes du même genre à titre onéreux, lorsque le donataire aurait été complice de la mauvaise foi du donateur. Mais il n'en est pas ainsi : les donations par contrat de mariage sont au fond de véritables libéralités comme les autres donations ; elles sont, comme celles-ci, sujettes à la révocation pour survenance d'enfants (art. 960), et à la réduction pour fournir les réserves. (Art. 922 et suivants.) Elles ont sans doute quelques effets particuliers, notamment elles emportent la garantie de droit commun, même celles qui sont faites au mari, du moins selon nous et selon ce qu'a jugé la cour de cassation ; mais c'est parce qu'elles sont faites sous la condition du mariage, qui impose aux époux des obligations et des charges nombreuses ; et, sous ce rapport, ce n'est pas sans raison que la cour suprême les a considérées comme des actes *à titre onéreux*. Mais ce qui est vrai quant au droit de garantie n'est pas également vrai sous d'autres rapports, notamment quant à l'effet de ces donations à l'égard des créanciers du donateur ; car il est certain que par elles celui-ci s'est appauvri comme il se serait appauvri par des donations faites hors contrat de mariage ; et il l'a fait au détriment de ses créanciers, s'il ne lui restait pas encore assez de biens pour remplir toutes ses obligations alors existantes : aussi l'article 444 du Code de commerce ne fait-il aucune distinction entre ces diverses donations ; il exclut même positivement toute distinction entre elles, en disant : « *Tous* actes translatifs de propriétés « immobilières, à titre gratuit, faits dans les dix « jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, « sont nuls et sans effet relativement à la masse « des créanciers. »

Par les mêmes motifs, seraient susceptibles d'être annulées, sur la demande des créanciers, les donations du même genre faites aussi par contrat de mariage antérieurement aux dix jours ; les donations de choses mobilières faites soit dans les dix jours, soit avant ; et enfin celles faites par un non-commerçant, si, au moment des actes, le donateur était insolvable, ou s'il cessait de l'être par l'effet de ces mêmes actes ; et cela, encore que le donataire n'eût point été complice de la fraude du donateur, et bien que le donateur lui-même n'eût point agi de mauvaise foi, se croyant, lors des actes, plus riche qu'il ne l'était en effet. Ainsi que nous l'avons dit, les créanciers combattent pour éviter de perdre, et les donataires pour faire un gain ; les premiers sont donc plus favorables que les seconds. La maxime : *Nemo liberalis, nisi liberatus*, est une maxime fort juste : pourquoi ne s'appliquerait-elle pas dans ces cas, comme on l'applique lorsqu'un testateur a légué, même de bonne foi, plus qu'il n'avait de biens, ses dettes déduites ? On n'en voit pas la raison. D'ailleurs, il sera bien rare que le donateur ne connaisse pas sa position au moment de l'acte, et même que le donataire l'ignore.

580. Quant aux donations faites entre époux pendant le mariage, les créanciers du donateur peuvent en faire prononcer la révocation, jusqu'à concurrence de leurs droits, lors même que le donateur ne serait devenu insolvable que depuis qu'elles ont eu lieu, et quoiqu'ils n'eussent eux-mêmes traité avec lui que postérieurement à ces mêmes donations ; car ces sortes de libéralités, quoique qualifiées entre-vifs, sont toujours révocables (art. 1096) (1) ; elles ont généralement les effets des legs (2) : dès lors, les créanciers, exerçant tous les droits de leur débiteur, excepté ceux qui sont exclusivement attachés à la personne (art. 1166), peuvent faire révoquer lesdites donations, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances, si mieux n'aime l'époux donataire écarter leur demande, en les désintéressant. Si l'on objectait que le droit de révoquer ces donations est exclusivement attaché à la personne du donateur, puisqu'il n'est point transmissible à ses héritiers ; en conséquence, que les créanciers postérieurs ne peuvent les attaquer, attendu qu'il n'y a pas lieu de dire qu'elles leur ont fait préjudice, nous répondrions qu'il n'est pas vrai de dire que ce droit est du nombre de ceux exclusivement attachés à la personne ; car il a pour objet les biens. Sa non-transmissibilité aux héritiers du donateur est comme celle du droit de révoquer les legs ; mais, de même que les créanciers d'un

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) *Voyez* tome précédent, nos 770 à 780.

individu qui a fait un testament n'en peuvent pas moins poursuivre leur payement sur les biens légués, quoique le testament fût antérieur aux créances, de même ceux d'un époux qui a fait des donations à son conjoint pendant le mariage peuvent exercer leur action sur les biens donnés. Ils le pourraient aussi, même après la mort du débiteur, quoique celui-ci n'eût pas révoqué les donations.

581. Dans le droit romain, lorsque l'action *Paulienne* était admise à l'égard d'un donataire, elle était également donnée contre ses héritiers, et même contre ses successeurs à titre particulier et gratuit à la chose donnée, c'est-à-dire les sous-donataires et les légataires ; mais les uns et les autres étaient seulement tenus jusqu'à concurrence du profit qu'ils avaient retiré de l'acte révoqué. Dans le cas même où le donataire avait été complice de la fraude, l'action, qui eût été exercée contre lui *in solidum*, ne pouvait l'être contre ses héritiers, que jusqu'à concurrence de ce dont ils avaient profité du dol de leur auteur. Il en serait autrement dans notre droit quant à ce point : les héritiers seraient tenus de l'obligaiton de leur auteur dans toute son étendue ; mais ses donataires et légataires à titre particulier seraient seulement obligés de relâcher aux créanciers ce qu'ils auraient encore des biens compris dans la révocation.

Lorsque l'action était admise contre un acquéreur à titre onéreux, elle était également donnée non-seulement contre ses héritiers, mais aussi contre ses successeurs à titre singulier et gratuit aux biens dont il s'agit. Elle n'était toutefois donnée, même contre les héritiers de l'acquéreur, que jusqu'à concurrence de ce dont ils avaient profité par l'effet de son dol ou de sa complicité avec le débiteur ; ce qui, ainsi que nous venons de le dire, ne serait pas suivi dans notre droit, où les héritiers sont passibles des effets du dol de leur auteur, en ce qui touche les réparations pécuniaires, de la même manière dont il était tenu lui-même.

Mais l'action n'était point donnée contre un sous-acquéreur de bonne foi à titre onéreux, soit qu'il eût reçu les biens d'un acquéreur au même titre, soit qu'il les eût reçus d'un donataire, qui les avait acquis du débiteur.

582. Que doit-on décider dans notre droit au sujet de ces tiers sous-acquéreurs ?

D'abord, il est clair que, pour les donations de propriétés immobilières faites dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, comme elles sont *nulles* et *sans effet* relativement à la masse des créanciers, ceux-ci peuvent revendiquer les biens en quelque main qu'ils aient passé, même contre un acquéreur à titre onéreux et de bonne foi, car le donataire n'ayant aucun droit sur ces biens par rapport aux créanciers, il n'a pu par conséquent en transmettre à d'autres.

Mais pour les aliénations d'immeubles seulement susceptibles d'être annulées, l'acquéreur est devenu propriétaire, et l'on ne peut dire, comme dans le cas précédent, qu'il n'a pu transmettre à d'autres des droits sur les biens. Aussi l'on doit distinguer, ainsi que le faisait le droit romain.

D'après cela, l'on doit dire que la nullité qui aurait pu être prononcée contre le donataire, ou contre l'acquéreur à titre onéreux complice de la fraude, peut également être prononcée non-seulement contre leurs héritiers (ce qui est hors de toute controverse), mais encore contre leurs successeurs à titre particulier et gratuit aux mêmes biens.

Elle peut l'être aussi contre un sous-acquéreur à titre onéreux qui aurait prêté son aide même à un acquéreur au même titre, pour mettre l'acte à l'abri de toute attaque.

Elle peut l'être pareillement contre le donataire ou légataire du donataire qui en était passible : il combat aussi pour faire ou conserver un gain, tandis que les créanciers combattent pour éviter de perdre.

Mais l'action ne peut être exercée contre un acquéreur à titre onéreux et de bonne foi, soit qu'il ait acquis d'un donataire, soit qu'il ait acquis d'un acheteur, puisque, s'il eût traité lui-même directement avec le débiteur, il n'eût pu être inquiété, encore que ce dernier eût agi de mauvaise foi.

A la vérité, nous avons dit précédemment, nº 180, que l'action en revendication des immeubles aliénés par contrat entaché de dol, et qui a lieu par suite de l'action en rescision pour ce vice, peut être exercée même contre les tiers

de bonne foi, n'importe le titre auquel ils ont acquis, attendu que la partie contractante qui a commis le dol n'a pu leur transmettre que les droits qu'elle avait elle-même sur la chose, mais il n'y a pas contradiction de principes : les deux cas sont bien différents.

Dans le cas d'un contrat entaché de dol, c'est la partie qui en a été victime qui demande à être relevée de son engagement, ou la restitution des biens qu'elle a livrés en exécution de ce même engagement; et elle doit avoir le droit de demander cette restitution contre tout détenteur quelconque, puisque l'autre partie qui l'a trompée n'a raisonnablement pu transmettre à d'autres plus de droits qu'elle n'en avait elle-même; principe reconnu et appliqué par le Code civil en matière d'hypothèque, par l'art. 2125, et quant à la propriété, par l'art. 2182, et autres, notamment par les art. 954, 965, 1664, 1673 et 1681.

Au lieu que dans le cas de l'action révocatoire, ce n'est pas la partie contractante qui a été trompée, ce sont ses créanciers; mais, et c'est ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est sa chose qu'elle a aliénée : elle était maîtresse d'en disposer, d'en transférer la propriété, puisque l'administration de ses biens ne lui était point alors enlevée, on le suppose; et c'est ce qu'elle a fait et voulu faire. Et si l'équité voulait que la loi vînt au secours des créanciers, lorsque le débiteur a agi en vue de leur faire préjudice, ou lors même que, par des actes à titre gratuit, il leur a fait préjudice sans mauvaise foi; d'un autre côté, l'équité demandait aussi que le droit des acquéreurs de bonne foi, à titre onéreux, qui combattent par conséquent, comme les créanciers, pour éviter de faire une perte, fût maintenu, puisqu'ils sont les uns et les autres *in pari causa,* et que la raison et les lois veulent que, *in pari causa, melior sit causa possessoris.*

Quand il s'agit d'un contrat que j'ai consenti par suite du dol de celui avec qui j'ai traité, l'on ne peut pas dire que le tiers qui a acheté de lui, même de bien bonne foi, l'objet du contrat, se trouve *in pari causa* avec moi; car, au moyen de l'action en nullité qui détruit ce contrat, je réclame ma chose par droit de propriété, puisque celui qui a une action pour recouvrer une chose, est censé avoir la chose elle-même : *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, rem habere videtur;* tandis que ce tiers ne peut avoir que les droits qu'avait son vendeur. Mais dans le cas de l'action révocatoire, les créanciers demandeurs ne sont point propriétaires des biens; aucune action ou fiction de droit quelconque ne peut faire supposer qu'ils le sont : c'est au contraire le défendeur à l'action révocatoire qui est réellement maître des biens tant que la révocation de son titre n'a pas eu lieu, puisque, comme le nom même et l'objet de l'action le démontrent, cette action n'a été introduite que pour faire rescinder les actes, et par suite anéantir le droit de propriété des acquéreurs. Ceux-ci et les créanciers ne sont donc pas *in pari causa*, et s'ils sont de bonne foi et qu'ils aient reçu les biens à titre onéreux, ils doivent être maintenus, quoique leur auteur direct et immédiat fût de mauvaise foi.

583. Ce qui vient d'être dit des sous-acquéreurs est applicable à ceux qui auraient reçu, des acquéreurs directs, des droits réels sur les biens aliénés, comme des droits d'usufruit ou d'hypothèque. Les actes seraient nuls et de nul effet relativement à la masse des créanciers, dans le cas d'aliénations à titre gratuit de propriétés immobilières faites dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite du débiteur; et dans les autres cas, les tiers qui auraient traité à titre onéreux, et de bonne foi, avec les acquéreurs directs des biens du failli ou du débiteur tombé en déconfiture, seraient maintenus dans les droits qu'ils auraient acquis.

584. Dans le droit romain, l'action révocatoire proprement dite, ou paulienne, ne durait qu'une année (1), comme la plupart des actions introduites par les prêteurs, parce qu'elle tendait à mettre au néant des actes et des aliénations faits par le maître des biens, et portait, par cela même, en quelque sorte, atteinte au droit de propriété, qui est *jus utendi et etiam abutendi;* elle allait contre les principes du droit civil. L'année, toutefois, ne commençait pas à courir du jour des actes ou aliénations, mais seulement du jour où les créanciers avaient pu agir, c'est-

(1) L. 1, *princip.* et L. 10, *princip.*, ff. *Quæ in fraudem credit.*

à-dire, à partir de la discussion des biens du débiteur, qui avait suivi l'envoi en possession de ces mêmes biens en faveur des créanciers; car auparavant l'on ne pouvait savoir s'il avait ou non dans son patrimoine de quoi satisfaire à ses obligations, et si, par conséquent, il y avait lieu ou non à l'action contre les tiers acquéreurs : aussi, et suivant ce que nous avons dit plus haut, la discussion n'était pas un bénéfice de la loi; elle était de droit. Et, même après l'année, à partir de cette époque, le prêteur donnait encore l'action *in factum* contre les possesseurs, jusqu'à concurrence de ce qu'ils avaient entre mains des biens du débiteur, ou de ce qu'ils avaient cessé d'en posséder par mauvaise foi (1).

585. Chez nous, la durée de l'action n'a pas été spécialement fixée : d'où il faut conclure qu'elle dure dix ans, d'après la disposition générale de l'art. 1304; et les dix ans commenceraient à courir du jour où les créanciers qui ont droit d'attaquer les actes en auraient eu connaissance et auraient pu agir contre le débiteur, par suite de l'exigibilité de leurs créanciers.

586. Quant à la manière dont la fraude, soit du débiteur, soit de ceux qui ont traité avec lui, peut se prouver, on suit les règles ordinaires en matière de fraude; en conséquence, non-seulement elle peut s'établir par les actes attaqués eux-mêmes, ou par d'autres actes, mais encore par des présomptions graves, précises et concordantes, conformément à l'art. 1353. Denizart, v° *Fraude*, rapporte que telle était la jurisprudence du parlement de Paris. On peut aussi l'établir par la preuve testimoniale, sauf aux tribunaux à y avoir tel égard que de raison, selon les circonstances de la cause et l'importance des actes attaqués. Les créanciers, en effet, n'ont pu avoir toujours une preuve écrite de la mauvaise foi des parties contractantes, ce qui rend applicable l'art. 1348.

587. D'après l'art. 1167 combiné avec l'article 882, les créanciers d'un héritier, pour éviter que le partage de la succession ne soit fait en fraude ou au préjudice de leurs droits, peuvent bien y intervenir à leurs frais, ou s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au mépris d'une opposition qu'ils auraient formée.

La même règle s'applique aussi au cas d'un partage de communauté entre époux (même article 1476), et il en doit être de même du cas d'un partage de société ou communauté ordinaire. (Art. 1872.)

588. Suivant l'art. 442 du Code de commerce, le failli, à compter du jour de la faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens.

Dès lors les actes qu'il aurait faits depuis cette époque ne pourraient nuire aux créanciers, ni même leur être opposés.

589. Et d'après l'art. 447 du même Code, tous actes ou payements faits en fraude des créanciers sont nuls, ce qu'il faut entendre même des actes ou payements faits avant le jour où remonte l'ouverture de la faillite, telle qu'elle est déclarée par le tribunal de commerce, et à l'une des époques fixées par l'art. 441, puisque, pour les actes ou payements faits depuis le jour de la faillite, ils étaient déjà déclarés nuls de droit par l'effet même de l'art. 442, qui dessaisit, de plein droit, le débiteur de l'administration de ses biens à partir de cette époque.

590. Bien mieux, tous actes ou engagements pour faits de commerce, contractés par le débiteur antérieurement à l'ouverture de la faillite, mais toutefois dans les dix jours qui précèdent cette ouverture, sont présumés frauduleux quant au failli; et ils sont nuls (c'est-à-dire annulables) lorsqu'il est prouvé qu'il y a eu fraude de la part des autres contractants. (Art. 445, *ibid.*)

591. Et toutes sommes payées dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, pour dettes commerciales non échues, sont rapportées. (Article 446.) La loi établit ici une disposition absolue, une nullité des payements. Elle suppose que ces payements ont été faits en fraude des droits des autres créanciers; que le débiteur a

(1) L. 10, § *penult.*, *eodem tit.*

voulu favoriser, à leur détriment, ceux qu'il a payés avant l'échéance de leurs créances ; car il n'est guère d'usage qu'un commerçant paye avant l'échéance ses dettes de commerce ; cela intervertirait sa comptabilité et l'ordre de ses écritures. D'ailleurs, les époques de payement sont ordinairement fixées en raison de celles des rentrées.

Mais cette disposition n'est point applicable aux payements de dettes commerciales échues quoique faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, ni aux payements de dettes non commerciales, quoique n'étant point encore échues, l'article parle des payements de *dettes commerciales non échues :* donc, pour celles qui ne sont point commerciales, ou qui, étant commerciales, se trouvaient échues au moment du payement, la loi les laisse sous l'empire du droit commun ; or le droit commun veut que celui qui n'a reçu que ce qui lui était dû ne soit assujetti à aucune restitution ou rapport.

Cependant, comme l'art. 447 porte que *tous actes ou payements* faits en fraude des droits des créanciers sont nuls, et que cet article ne peut vouloir parler ni des payements qui auraient été faits depuis l'ouverture de la faillite, puisque l'art. 442 exclut la supposition qu'il ait pu y en avoir de faits par le débiteur, ni de ceux de dettes commerciales non échues faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, puisque l'art. 446 avait déjà dit qu'ils devaient être rapportés à la masse, il faut bien, pour donner un sens et un effet à cet art. 447, en ce qui concerne les payements faits en fraude des créanciers, entendre sa disposition des dettes non commerciales qui auraient été payées avant leur échéance, et dans les dix jours de l'ouverture de la faillite, mais avec fraude, c'est-à-dire par collusion avec les créanciers qui les ont reçus. Ces payements seraient seulement annulables, et en connaissance de cause ; tandis que ceux de dettes commerciales non échues seraient nuls de droit, ou, en d'autres termes, seraient nécessairement rapportés.

592. L'ouverture de la faillite rend exigible les dettes passives non échues. A l'égard des effets de commerce par lesquels le failli se trouve être l'un des obligés, les autres obligés ne sont tenus que de donner caution du payement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. (Art. 448.)

593. Enfin, d'après l'article 443, nul ne peut acquérir privilége ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite.

Mais cette disposition est trop générale, du moins en ce qui concerne les priviléges. Elle doit être restreinte aux priviléges conventionnels ou résultant du droit de gage.

En effet, l'on ne saurait, sans injustice et sans renverser toutes les idées reçues, contester, en vertu de cette disposition, le privilége de ceux qui ont fourni au débiteur et à sa famille les subsistances nécessaires dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de sa faillite, ni les autres priviléges mentionnés dans l'art. 2101 du Code civil (1).

L'on ne pourrait non plus contester celui du vendeur d'immeubles, et même de meubles (autres que des marchandises), quoique la vente eût été faite dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, ainsi que nous le supposons ; car ce privilége est inhérent à la vente : il en est la condition sous-entendue, et la chose vendue n'a pu passer dans les biens du débiteur qu'affectée de ce même privilége. C'est d'ailleurs moins sur le bien du failli que sur celui du vendeur qu'il s'exerce, puisqu'au moyen de la condition résolutoire, sous-entendue dans les ventes d'immeubles même faites avec terme (art. 1184 et 1655) (2), et dans les ventes de meubles, sous les distinctions établies à l'article 2102 (3), n° 4, le vendeur, qui a l'action en résiliation et en revendication pour défaut de payement du prix, peut être considéré comme étant encore propriétaire. Sans cela, la loi ne lui donnerait pas le droit de revendiquer. Or, en matière d'immeubles, il peut le faire, même contre les sous-acquéreurs, ainsi que nous le démontrerons au titre *de la Vente.* Au surplus, il a incontestablement le droit de de-

(1) Code de Hollande, art. 1185 et 1195.
(2) Ibid., art. 1302, 1303 et 1532.
(3) Code de Hollande, art. 1185 et 1194.

mander la résiliation de la vente des immeubles, et d'exercer la revendication des meubles dans le cas et sous les conditions exprimées à l'article 2102, n° 4, précité, ce qui vaudra généralement mieux pour lui. Il peut aussi revendiquer les marchandises expédiées, dans les cas et sous les conditions exprimés aux art. 576 et suivants du Code de commerce. Mais ce Code n'attribue aucun privilége au vendeur de marchandises.

Ces mêmes raisons militent en faveur du privilége du cohéritier ou copartageant, pour les soultes ou retours de lots, bien que le partage n'ait eu lieu que dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite.

Enfin, l'on ne saurait non plus contester raisonnablement le privilége de celui qui a fait, pendant cette période, des dépenses pour la conservation d'un objet appartenant au failli, et qui a ainsi agi dans l'intérêt des créanciers eux-mêmes, *qui pignoris causam fecit.* C'est un des priviléges les plus dignes de faveur, et il n'en est aucun qui soit fondé sur un motif plus juste et plus raisonnable.

Ainsi, en disant que *nul* ne peut acquérir *privilége* ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, cet art. 443 n'a pu raisonnablement avoir eu en vue les priviléges dont il vient d'être parlé. La pensée des rédacteurs s'est portée sur les priviléges conventionnels, qui sont ceux au moyen desquels le débiteur pourrait facilement faire fraude à ses créanciers.

En est-il de même quant aux hypothèques? La question souffre plus de difficulté, et comme elle se rattache à l'art. 2146 du Code civil, nous la discuterons avec soin lorsque nous analyserons cet article.

(FIN DU DIXIÈME VOLUME DE L'ÉDITION DE PARIS.)

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

SUITE DU TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SOMMAIRE.

1. *Transition et division de ce chapitre.*
2. *Renvoi à d'autres titres du Code, pour l'explication des obligations accessoires, comme le cautionnement, et la convention de gage et d'hypothèque.*

1. Après avoir défini les différentes espèces de contrats, traité des conditions essentielles à leur validité, ainsi que de leurs effets généraux, nous avons à parler maintenant des diverses modalités dont peuvent être affectées les obligations qui en résultent, suivant les conventions des parties. C'est l'objet du chapitre IV de ce titre, d'après la division adoptée par les rédacteurs du Code, et que nous avons suivie.

Ils ont divisé ce chapitre en six sections.

Dans la première, ils ont établi les règles relatives aux obligations conditionnelles ;

Dans la seconde, celles des obligations à terme;

Dans la troisième, celles des obligations alternatives ;

Dans la quatrième, ils ont traité des obligations solidaires ;

Dans la cinquième, des obligations divisibles et indivisibles ;

Enfin dans la sixième, des obligations avec clause pénale.

2. Quant aux obligations accessoires ou secondaires, comme le cautionnement, la convention de gage ou d'hypothèque, elles sont l'objet de titres spéciaux dans le Code.

Nous avons parlé précédemment des obligations naturelles (1), dont le Code n'a point, au surplus, déterminé les caractères, laissant, à cet égard, aux tribunaux un pouvoir d'appréciation et de discrétion. Nous aurons, au reste, souvent occasion d'en parler encore par la suite.

SECTION PREMIÈRE.

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES.

SOMMAIRE.

3. *Division de la section.*
4. *Renvoi quant aux conditions particulières aux donations et aux dispositions testamentaires.*

3. On envisagera d'abord, comme l'ont fait les rédacteurs du Code, les conditions sous un point de vue général, et l'on parlera ensuite en particulier des effets de la condition suspensive, et des effets de la condition résolutoire.

Ce sera la matière des trois paragraphes suivants.

4. Nous avons traité avec étendue des conditions insérées dans les donations entre-vifs et dans les testaments, au tome VIII, chapitre I, sect. 3 ; chapitre IV, sect. 3, et sect. 5, § 1 et 2, et au tome IX, chap. V, sect. 10, § 2. Nous nous bornerons donc ici à parler des conditions apposées aux contrats ou conventions, en signalant toutefois les différences qu'il peut y avoir, dans les résultats, entre les conditions mises aux dispositions à titre gratuit, et celles attachées aux actes à titre onéreux.

(1) *Voyez* tome précédent, chap. Ier, sect. 3, et chap. II, sect. 4, nos 337 et suivants.

§ Ier.

De la condition en général, et de ses diverses espèces.

SOMMAIRE.

5. *Différentes significations du mot* condition *en droit.*
6. *Sa signification en considérant la condition comme modalité des obligations.*
7. *Les conditions sont suspensives ou résolutoires.*
8. *Ce qu'on entendait en droit romain par conditions résolutoires.*
9. *Dans les obligations formées sous une condition suspensive, il n'y a pas, à proprement parler, de dette, tant que la condition est en suspens; il n'y a qu'une espérance.*
10. *Aussi, ce qui serait payé par erreur avant l'événement de la condition, pourrait être répété.*
11. *Différence de rédaction des art.* 1168 *et* 1181 *quant à la définition qu'ils donnent de la condition suspensive : celle du premier article est préférable.*
12. *Car la clause,* si tel evénement est actuellement arrivé, *ne fait réellement point condition, ni dans les testaments ni dans les contrats; conséquences.*
13. *Pour qu'une obligation soit conditionnelle, il faut que l'événement dont on la fait dépendre soit incertain.*
14. *Dans les testaments, l'incertitude sur l'époque où se réalisera un événement qui doit nécessairement arriver, peut cependant rendre la disposition conditionnelle.*
15. *La condition suspensive peut, comme la condition résolutoire, avoir pour objet un événement négatif comme un événement affirmatif.*
16. *Les conditions sont casuelles, potestatives ou mixtes.*
17. *Quelle est la condition casuelle.*
18. *Quelle est la condition potestative.*
19. *Quelle est la condition mixte.*
20. *La condition ne peut pas être purement potestative de la part de celui-là seulement qui s'oblige, autrement il n'est point obligé.*
21. *Application du principe à différentes obligations.*
22. *Réfutation d'une décision de Pothier qui voyait une obligation valable dans la clause :* Je vous donnerai tant, SI JE LE JUGE RAISONNABLE, *et si en effet la chose était raisonnable en soi.*
23. *Il en serait autrement du cas où il serait dit :* si cela est raisonnable.
24. *Réfutation d'une autre décision du même auteur qui voyait aussi une obligation valablement contractée sous cette condition,* si je vais en telle ville, *quoique l'obligation n'eût pas d'autre cause.*
25. *Mais dans les contrats synallagmatiques, et dans les obligations unilatérales qui ont leur cause dans un fait déjà accompli, la condition ci-dessus serait valable.*
26. *La condition ne tient pas toujours lieu de cause, et lorsqu'elle est purement potestative de la part de celui qui s'oblige, et que l'obligation n'a d'ailleurs point de cause, ce n'est alors qu'une libéralité dépendante de la volonté du donateur, et par cette raison elle n'est point obligatoire.*
27. Quid *de la promesse :* lorsque je le voudrai, CUM VOLUERO? *Rectification d'une fausse interprétation que Pothier a donnée de la loi* 46, § 3, ff. de Verb. oblig.
28. *Le prêt fait avec la clause que l'emprunteur restituera la chose* quand il le pourra, *ou* quand il en aura les moyens, *est obligatoire.*
29. *Et généralement il en est de même de celui fait avec la clause que l'emprunteur restituera* quand il le voudra.
30. *De l'effet de la condition potestative de la part de l'une des parties dans les contrats synallagmatiques, comme la vente, l'échange, le louage, la société.*
31. *L'obligation peut être contractée sous une condition dépendante de la volonté d'un tiers.*
32. *Autre division des conditions, en possibles, licites et honnêtes, et en impossibles, illicites et contraires aux bonnes mœurs. Celles-ci rendent nulle la convention qui en dépend, mais elles sont réputées non écrites dans les testaments, et même dans les donations entre-vifs.*
33. *L'obligation contractée sous la condition de ne pas faire une chose impossible, est valable, si elle a d'ailleurs une juste cause, ou si elle est consentie dans la forme des actes portant donation.*
34. *Idée générale des conditions contraires aux bonnes mœurs.*
35. *Le contrat fait sous la condition de ne pas faire quelque chose de contraire aux bonnes mœurs, est pareillement valable, s'il a d'ailleurs en soi une juste cause.*
36. *Il ne faut pas confondre les conditions illicites avec les clauses ou pactes illicites : développements et conséquences.*
37. *Il y a des conditions tacites comme il y en a d'expresses.*

5. Ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois dans le cours de cet ouvrage, le mot *condition*, en droit, a plusieurs significations.

Tantôt il exprime l'état et la qualité des personnes : d'où cet axiome de jurisprudence, que chacun est censé connaître la *condition* de celui

avec lequel il traite (1) : s'il est mineur ou majeur, interdit ou non, regnicole ou étranger, femme mariée, fille ou veuve, etc. »

Tantôt il exprime la cause de la stipulation que l'on fait pour un tiers comme *condition* de celle que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. (Art. 1121) (2).

Plus souvent encore le mot *condition* se prend pour les clauses particulières que l'on insère dans les contrats, pour en étendre ou modifier les effets ordinaires : comme les charges, les modes et autres conventions analogues et secondaires ; et c'est en ce sens que l'on dit communément que toutes les clauses d'un contrat sont la *condition* les unes des autres : d'où l'on a déduit cette règle, érigée en loi dans l'art. 1184 : que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à son engagement.

Mais ici le mot *condition* est pris généralement dans le sens d'un événement *futur et incertain*, dont les parties font dépendre l'effet de leur contrat, ou bien sa résolution, son anéantissement, comme s'il n'eût pas eu lieu.

7. Ainsi, suivant l'art. 1168 (3), « l'obligation « est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre « d'un événement futur et incertain, soit en la « suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, « soit en la résiliant, selon que l'événement ar- « rivera ou n'arrivera pas. »

6. L'on voit, d'après cela, qu'il y a des conditions suspensives et des conditions résolutoires ; c'est la plus importante division des conditions. Quelques jurisconsultes les ont divisées d'une foule de manières. Nous nous bornerons à faire ressortir leurs principales espèces ; cela suffira pleinement pour la parfaite intelligence de la matière.

8. Les jurisconsultes romains, et leurs interprètes, ne donnent toutefois qu'improprement le nom de *conditions* à celles que, d'après le Code, nous appelons *résolutoires*, parce que, disent-ils, le propre des conditions est de *suspendre* l'effet des obligations, tandis que les conditions dites résolutoires ne le suspendent pas, seulement elles le résolvent, si elles s'accomplissent ; et c'est aussi ce que dit le Code lui-même dans les art. 1168 et 1183 (4). Ils appellent simplement *pactes*, loi du contrat, *lex contractûs*, les conventions qui ont pour objet seulement la résolution de l'obligation. C'est ainsi qu'Ulpien, dans la loi 1re, ff. *de Lege commissoria*, dit : *Si fundus commissoria* LEGE *venierit* (5), *magis est ut sub conditione resolvi emptio*, *quam sub conditione contrahi videatur*.

Aussi, dans les lois romaines, le mot *condition*, sans autre expression dans l'acte qui lui donne une autre signification, s'entend-il généralement de la condition suspensive ; tellement que l'on appelait vente *pure* celle qui était faite avec une clause qui avait pour objet d'en opérer la résolution au cas d'un événement prévu. La loi 2, ff. *de in diem Addictione*, établit cette doctrine de la manière la plus claire : *Quotiens fundus in diem addicitur* (6), *utrum* PURA *emptio est, sed sub conditione resolvitur; an vero conditionalis sit magis emptio*, *quæstionis est. Et mihi videtur verius interesse quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est*, UT MELIORE ALLATA CONDITIONE, DISCEDATUR, *erit pura emptio*, *quæ sub conditione resolvitur : sin autem actum est*, UT PERFICIATUR EMPTIO, NISI MELIOR CONDITIO AFFERATUR, *erit emptio conditionalis*.

Ainsi, la vente n'était considérée comme conditionnelle que dans le cas seulement de la condition suspensive. Mais puisque la *résolution* du contrat peut-être *conditionnelle*, d'après une clause de ce même contrat, il n'y avait aucun inconvénient à dire que les obligations sont tantôt sous une condition suspensive, tantôt sous une condition résolutoire ; et c'est en effet ce que l'on a dit dans le Code.

9. Du reste, quoique, dans les obligations con-

(1) *Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus* CONDITIONIS *ejus*. L. 19, ff. *de Regul. juris*.

(2) Code de Hollande, art. 1353.

(3) Ibid., art. 1289.

(4) Ibid., art. 1289 et 1301.

(5) C'est-à-dire, avec la clause que si l'acheteur ne paye pas le prix de la vente au terme fixé, la vente sera résolue de plein droit.

(6) C'est-à-dire : je vous vends cette chose tant, si une autre personne n'en donne pas, dans tel délai, un prix supérieur, ou n'offre pas de payer à des époques plus rapprochées, etc.

tractées sous une condition suspensive, il n'y ait pas à proprement parler d'obligation tant que la condition n'est pas accomplie ; qu'il y ait seulement l'espérance d'une dette, néanmoins il y a un engagement, quoique éventuel ; et cette espérance et cet engagement passent aux héritiers des contractants, si l'un ou l'autre vient à mourir avant l'accomplissement de la condition (1). (Article 1179) (2). Ce droit éventuel peut être cautionné, garanti par un gage ou une hypothèque, comme un droit pur et simple ; car alors c'est l'espérance de la dette qui se trouve garantie, et par suite la dette elle-même, au cas où la condition se réaliserait.

10. Mais il est vrai de dire qu'il n'y a pas encore dette à proprement parler : de là si le payement en avait été fait par erreur avant l'accomplissement de la condition, il y aurait lieu à la répétition ; L. 16, ff. *de Condict. indeb.* ; tandis qu'il en serait autrement si l'événement prévu devait nécessairement arriver ; car alors l'obligation ne serait point conditionnelle. LL. 17 et 18, *eodem titulo*.

11. Dans la définition qu'ils donnent de la condition suspensive, les art. 1168 et 1181 diffèrent toutefois en un point important. Selon le premier de ces articles, la condition suspensive comme la condition résolutoire, est le cas d'un événement *futur et incertain ;* au lieu que suivant le dernier, l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend, ou *d'un événement futur et incertain*, ou *d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties*.

La rédaction de l'art. 1168 est préférable, car ce n'est qu'improprement que l'on donne le nom de condition à un événement actuellement arrivé, quoiqu'il soit encore inconnu des parties. En effet, ainsi que le disent clairement les lois romaines (3), un événement déjà accompli dont on veut faire dépendre l'effet de l'obligation, *aut statim perimit obligationem*, *aut omnino non differt*. Cela est sensible : car, ou l'événement n'est point arrivé, et alors il n'y a point d'obligation ; ou il est arrivé, et dans ce cas l'obligation n'a pas été suspendue du tout, pas plus qu'elle ne l'aurait été par un terme mis pour son exécution. Elle a son effet du jour même où elle est contractée, quoique les parties aient été dans l'ignorance de l'événement, attendu que cette ignorance, qui en suspend sans doute l'exécution, comme le ferait la stipulation d'un terme, n'empêche point que l'événement ait ou n'ait pas eu lieu : *Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.* § 6, Instit. *de Verb. oblig.*

Il est clair que si un événement actuellement arrivé peut être considéré comme l'objet d'une condition, parce qu'il est inconnu des parties au moment où elles traitent, ce ne peut être qu'en raison de l'incertitude où elles sont au sujet de cet événement ; or cette incertitude ne fait point condition, ni dans les contrats ni dans les testaments : aussi l'art. 1181 (4) lui-même dit-il que, *dans ce cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.*

12. La clause, disons-nous, ne fait point condition ni dans les testaments ni dans les contrats. En effet, elle ne fait point condition dans les testaments, attendu que si le légataire à qui l'on a légué : *si tel événement est arrivé*, meurt après le testateur, il transmet le legs à son héritier, dans le cas où l'événement est effectivement arrivé, quoiqu'il soit mort avant que l'on en ait eu connaissance ; tandis que si l'événement, ou plutôt l'incertitude touchant l'événement, faisait réellement condition, et que le légataire fût mort avant que l'on fût certain que cet événement a eu lieu, il ne transmettrait pas le legs à ses héritiers, vu que la condition ne se serait point accomplie avant sa mort, et qu'il est nécessaire, pour que le legs conditionnel soit transmissible aux héritiers du légataire, que celui-ci ait survécu à l'accomplissement de la condition. (Article 1040) (5).

La clause ne fait point non plus condition dans les contrats, en ce que si une vente ou un échange, par exemple, ont été faits avec cette clause : *si*

(1) *Ex conditionali stipulatione* TANTUM SPES EST DEBITUM IRI ; *eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si priusquam conditio extet, mors nobis contigerit.* § 4, Instit. *de Verb. oblig.*
(2) Code de Hollande, art 1297.
(3) L. 100, ff. *de Verb. oblig* § 6, Instit. *eod. tit.*
(4) Code de Hollande, art. 1299.
(5) Ibid., art. 1044.

tel événement est arrivé, et qu'effectivement l'événement soit arrivé, mais que la chose vendue ou l'une des choses échangées soit venue à périr par cas fortuit depuis le contrat, la convention ne produira pas moins tous ses effets quoique la perte de la chose soit survenue avant que l'on ait eu connaissance de l'événement prévu. En conséquence, l'acheteur ne sera pas moins obligé de payer le prix, et le coéchangiste de livrer la chose qu'il avait promise en retour de celle qui a péri. Au lieu que si l'incertitude où étaient les parties touchant l'événement lorsqu'elles ont traité eût rendu l'obligation conditionnelle, la perte de la chose survenue avant la connaissance de cet événement aurait anéanti le contrat dans tous ses effets. (Art. 1182) (1).

Du reste, rien n'empêcherait les parties de rendre l'obligation conditionnelle sous ce rapport, et par conséquent de laisser la chose aux risques du vendeur ou du coéchangiste tant qu'elles n'auraient pas connaissance de l'événement, mais il faudrait, pour qu'il en fût ainsi, que leur intention fût évidente, puisque ce serait réellement une dérogation aux principes du droit.

13. Pour qu'une obligation soit conditionnelle, il ne suffit pas que l'événement soit *futur*, il faut aussi qu'il soit incertain. (Art. 1168 et 1181.) De là, si je m'oblige à vous donner cent *si je meurs*, ou *lorsque je mourrai*, ou *si vous mourez*, ou *lorsque vous mourrez*, ou *si Paul meurt*, ou *lorsque Paul mourra*, l'obligation est pure et simple; son effet n'est point suspendu, il n'y a de suspendu que son exécution, quoique l'époque où l'événement prévu arrivera soit incertaine. *Qui sub conditione stipulatur quæ omnimodo extitura est, pure videtur stipulari.* L. 19, ff. *de Noval.* (2).

14. Néanmoins, dans les testaments, l'incertitude sur l'époque où un événement arrivera peut rendre la disposition conditionnelle, quoiqu'il soit certain que l'événement arrivera : c'est lorsqu'il est incertain s'il arrivera pendant la vie du légataire. Par exemple : *Je lègue cent à Titius lorsque Sempronius, mon héritier, mourra*, ou *lorsque Séius mourra*. Car il est possible que Titius n'existe déjà plus au moment de la mort de l'héritier, ou de Séius (3).

15. Quoique l'art. 1168 semble ne voir de condition suspensive dans le cas où *tel événement arrivera*, tandis qu'il voit la condition résolutoire, selon que *tel événement arrivera ou n'arrivera pas*, cependant il ne faut pas douter que la condition suspensive ne puisse avoir aussi pour objet un fait négatif comme un fait affirmatif. Ainsi, il y a condition suspensive dans ce cas : Je vous vends ma maison moyennant 10,000 fr., si mon neveu (à qui je la destine) ne donne pas de ses nouvelles dans un an à partir de ce jour, comme il y a condition suspensive dans le cas où je vous vends ma maison moyennant 10,000 fr., si tel vaisseau rentre dans le port de Marseille dans l'année. C'est d'ailleurs ce que portent positivement les articles 1170 et 1177 (4).

16. Sous un autre point de vue, et en considérant les faits ou événements qu'elles ont pour objet, on divise les conditions en *casuelles*, *potestatives* et *mixtes;* et ces divers caractères sont communs aux conditions résolutoires et aux conditions suspensives.

17. La condition *casuelle* est celle dont l'accomplissement dépend du hasard, et n'est nullement au pouvoir du créancier ou du débiteur. (Art. 1169) (5). Par exemple, *si tel navire entre dans le port de Marseille dans les six mois du contrat.*

18. La condition *potestative*, dit l'art. 1170 (6), est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention (c'est-à-dire son effet) d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. Par exemple : *Si, dans l'année à partir de ce jour, vous abattez tel arbre de votre jardin, qui gêne la vue de ma maison, je m'oblige à vous payer* 100 *francs.*

(1) Code de Hollande, art. 1300.

(2) *Voyez* aussi la loi 45, §§ 1 et 3, ff. *de Verb. oblig.*

(3) L. 75, ff. *de Condit. et demonst.;* mais *voyez* toutefois ce que nous avons dit sur ce point, au tome IX, nº 292.

(4) Code de Hollande, art. 1293.

(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(6) *Idem.*

Et il faut remarquer que, dans ce cas, vous n'êtes point obligé ; la convention est purement unilatérale, il n'y a que moi d'engagé, et je ne le suis que conditionnellement.

19. Suivant l'art. 1171 (1), la condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté de l'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers. Mais comme la volonté d'un tiers est incertaine, il est vrai de dire que la condition mixte est celle dont l'accomplissement dépend tout à la fois de la volonté de l'une des parties et du hasard. Ainsi, la condition est mixte lorsque je dis : *Si vous remportez le prix proposé par l'Académie,* comme lorsque je dis : *Si vous épousez ma nièce,* événement qui dépend de votre volonté et de celle d'un tiers.

20. Sur cette division des conditions en *casuelles, potestatives* et *mixtes,* il faut remarquer que les mixtes peuvent bien être imposées indifféremment à l'une ou à l'autre des parties contractantes, même dans les contrats unilatéraux ; mais, en général, l'obligation ne peut pas être contractée sous une condition potestative de la part du débiteur, surtout dans les promesses unilatérales ; car il serait contraire à la nature des obligations, qui sont un lien de droit par lequel nous sommes astreints à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (2), que le débiteur ne fût obligé qu'autant que cela lui conviendrait. Or, si l'accomplissement de la condition dépendait absolument de sa volonté, il ne serait en réalité point obligé : *Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit.* L. 108, § 1, ff. *de Verb. oblig.* (3).

« Toute obligation est nulle, porte l'article 1174 (4), lorsqu'elle est contractée sous « une condition potestative de la part de celui « qui s'oblige. »

21. Pour être sainement appliqué, ce principe demande toutefois quelques développements.

D'abord il est certain que l'obligation de vous payer telle somme, contractée sous cette condition : *si je le veux*, SI VOLUERO, est nulle et de nul effet. Il n'y a jamais eu de doute sur ce point : *illam autem stipulationem,* SI VOLUERIS DARI, *inutilem esse constat.* L. 46, § 3, ff. *de Verb. oblig.*

Et la vente dont le prix est laissé à l'arbitraire de l'acheteur ou du vendeur, est pareillement nulle et de nul effet. L. 7, ff. *de Contrah. empt.*

De même, le legs laissé à la volonté pure de l'héritier à la charge duquel il est mis, est également nul. L. 43, § 2, ff. *de Legat.* 1°.

Mais, suivant la loi 11, § 7, ff. *de Legat.* 3°, le fidéicommis (5) mis à la charge d'un héritier, en ces termes : *Si fueris arbitratus, si putaveris, si æstimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur,* était valablement fait, si effectivement la chose était juste et raisonnable, parce que le testateur, dans ce cas, était censé s'en être rapporté à la décision de son héritier comme à celle de tout autre homme de bien, *arbitrio boni viri.* Il suffisait donc que la personne à laquelle il avait voulu laisser la libéralité sous cette condition, *si cela est juste et raisonnable*, eût en effet bien mérité de lui, pour que l'héritier fût tenu de lui délivrer l'objet du fidéicommis. En un mot, le testateur n'avait pas entendu laisser absolument le sort de la disposition à son libre arbitre, mais seulement le prendre pour juge de son mérite, comme il aurait pris un tiers.

22. Pothier, tirant argument de cette loi, regarde comme très-valable l'obligation contractée sous cette condition, *si je le juge raisonnable*, et si en effet la chose est raisonnable en soi. Mais Pothier se trompe, selon nous, car, dans cette promesse, *si je le juge raisonnable*, c'est uniquement la pensée ou plutôt la volonté du débiteur qui est réellement l'élément de la condition, et par suite de l'obligation ; en sorte qu'il est vrai de dire qu'il n'y pas de lien de droit. Au lieu que dans l'espèce du fidéicommis citée ci-dessus, ce n'était pas la volonté de l'héritier qui était l'élément de la condition, c'était la volonté du défunt, qui avait entendu que ce fidéicommis

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) *Obligatio est vinculum juris, quo adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura.* Instit. *princip. de Oblig.*

(3) *Voyez* aussi les lois 17 et 46, § 3, au même titre.

(4) Code de Hollande, art. 1292.

(5) Depuis la constitution de Justinien, L. Ire, *Communia tam legat fideicomm.*, qui a assimilé les legs aux fidéicommis, il a dû en être, sous ce rapport, des legs proprement dits comme des fidéicommis.

reçût son exécution, si la chose était, en soi, juste et raisonnable, choisissant, non pas exclusivement, mais par préférence, son héritier pour en décider comme aurait dû le faire tout homme de bien. Et comme, dans le droit romain, la volonté du testateur était en quelque sorte une chose sacrée; que toute disposition de dernière volonté était vue, et par conséquent interprétée avec faveur, c'était cette volonté que l'on considérait, et non celle de l'héritier. Ainsi, il n'y a point de parité entre les deux cas, et la décision de Pothier doit être rejetée sans balancer. Il est même douteux que, chez nous, des legs faits en de semblables termes fussent valables et obligatoires : la solution de la question dépendrait beaucoup des circonstances de la cause.

23. Au surplus, autre chose serait s'il était dit dans une convention (et à plus forte raison dans un testament), *si cela est raisonnable;* car alors ce ne serait plus que la chose raisonnable en elle-même qui serait l'élément de la condition : l'opinion du débiteur ne rendrait pas en effet cette chose déraisonnable, si elle était au contraire juste et raisonnable. La condition ne serait donc point potestative de sa part; elle serait tout à fait en dehors de son libre arbitre.

24. Le même auteur (n° 48) dit aussi que, « si je vous ai promis 10 pistoles en cas que j'allasse à Paris, la convention est valable; car il n'est pas entièrement en mon pouvoir de ne les pas donner, puisque je ne puis m'en dispenser qu'en m'abstenant d'aller à Paris : il y a donc de ma part une obligation et un véritable engagement. » Et il cite à l'appui de cette décision la loi 3, ff. *de Legat.* 2°.

Selon cette loi, si j'ai légué à Titius, *si mon héritier monte au Capitole* (*heres dare damnas esto, si in Capitolium ascenderit*), le legs est valable, quoiqu'il soit au pouvoir de l'héritier de monter ou de ne pas monter au Capitole, et par conséquent de faire que le legs ait effet ou non; à la différence du cas où j'aurais subordonné la disposition à son libre arbitre, *si voluerit,* cas où elle eût été absolument nulle. De là cette règle du droit romain : *Expressa nocent, non expressa non nocent.* L. 52, ff. *de Condit. et demonst.*

Mais nous répondons encore que l'exemple des legs, et surtout les legs en droit romain, n'est rien moins que concluant; car leur effet part toujours de la volonté du testateur, qui a pu considérer comme condition le fait que l'héritier monterait ou ne monterait pas au Capitole, envisageant cet événement comme renfermant en soi quelque chose de casuel, qui rendait en quelque sorte la condition mixte. Et, ainsi que nous l'avons dit au tome IX, n° 477, Ricard (1) regardait comme nulle la donation faite en ces termes : « Je donne, en cas que je n'aille pas en la ville de Beauvais. Et personne ne doute, dit-il, qu'une pareille donation ne soit nulle, en ce qu'elle renferme, sous des termes déguisés, un moyen par lequel il est en la liberté du donateur d'y donner atteinte par cette voie. »

Or, suivant les principes, toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, est nulle (art. 944) (2) : *Donner et retenir ne vaut.* Et cette règle reçoit son application, soit que ce fût la résolution de la donation qui dépendît de la seule volonté du donateur, soit que ce fût l'effet de la donation qui en dépendît d'abord; en un mot, soit que la condition potestative fût résolutoire ou suspensive (3).

Aussi avons-nous cru devoir adopter la décision de Ricard (4); et l'on sent qu'il n'y a, dans le fond des choses, aucune différence à faire de ce que la condition qu'il propose est conçue sous le mode négatif, tandis que celle proposée par Pothier est conçue sous le mode positif ou affirmatif.

25. Toutefois, dans les obligations qui ont en elles-mêmes une cause, comme dans les contrats synallagmatiques, tels que la vente, le louage, l'échange, où la cause de l'obligation de l'un se trouve dans ce que l'autre doit lui donner de son côté, ou faire pour lui, ainsi que dans les obligations unilatérales qui ont leur cause dans ce que

(1) *Des Donations*, part. Ire, chap. IV, n° 1038.

(2) Code de Hollande, art. 1705.

(3) C'est ce qui a été clairement expliqué au titre *des Donations et Testaments*, t. VIII, n°s 474 à 485, où nous discutons les cas les plus susceptibles de difficulté. — (4) En cela, nous avons modifié la décision que nous avions donnée, d'une manière trop générale, dans notre *Traité des Contrats*, etc., tome II, n° 432.

le créancier a déjà fait pour le débiteur, nous ne voyons pas pourquoi l'on rejetterait la décision de Pothier. Si je puis acheter à l'essai, par conséquent sous une condition purement potestative de ma part, et si je puis vendre avec faculté de rachat, ce qui n'est rien autre chose qu'une condition résolutoire pareillement potestative, je puis donc faire valablement un achat, une vente ou un autre traité sous la condition, *si je vais à Paris*, ou *si je ne vais pas à Paris*. Seulement il faudra, en général, fixer un temps, pour que les choses ne restent pas perpétuellement abandonnées au libre arbitre de l'une des parties. Nous allons bientôt, au surplus, entrer dans de plus amples développements sur l'effet des conditions potestatives insérées dans les contrats synallagmatiques.

26. Mais quand la promesse que je fais n'a aucune cause réelle, parce que je n'ai rien reçu de celui à qui je la fais, que je n'en reçois rien, et que je n'en dois non plus rien recevoir, la condition que j'y mets, *si je vais à Paris cette année*, ou *si je n'y vais pas*, ne peut point tenir lieu de cause (1). C'est en réalité une libéralité, nulle sous un double rapport, si les formalités prescrites pour les actes portant donation n'ont pas été observées ; car alors l'acte est nul pour défaut de forme, et il est nul parce que l'exécution de la condition dépend de la seule volonté du donateur.

Et si, dans le cas où il serait fait comme promesse ordinaire, l'on prétendait qu'il est valable comme simple obligation, nous répondrions encore qu'il est nul comme dépourvu de cause; car la condition n'en tient point lieu lorsque ce n'est pas le créancier qui l'accomplit, ou, lors même que c'est lui qui la fait arriver, quand elle est sans intérêt pour celui qui s'est obligé; et, par la même raison, lorsque, dans cette dernière hypothèse, le créancier est entièrement étranger à son accomplissement, comme s'il était dit : *S'il y a cette année une éclipse de l'une*. Alors la promesse n'est qu'une donation conditionnelle, et voilà tout.

Quelques auteurs, surtout parmi les anciens, ont bien prétendu, faute d'y réfléchir plus mûrement, que la condition tient lieu de cause à l'obligation ; mais cela n'est pas exact, lorsqu'elle ne peut être considérée comme *charge*, ou obligation de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose pour celui qui promet, ou lorsque le stipulant n'a encore rien fait pour ce dernier. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, où sans avoir rien reçu de vous, sans en rien recevoir actuellement, ni sans en rien devoir recevoir non plus à l'avenir, je vous promets 1,000 francs, *si je vais à Paris cette année*, ou *si je ne vais pas à Paris cette année*, il ne peut y avoir qu'une donation conditionnelle, et qui serait nulle dans notre droit par le double motif que nous venons d'expliquer.

Écoutons sur ce point Godefroy, dans ses notes sur la loi 108, ff. *de Verb. oblig.*, dont nous avons déjà rapporté sommairement la décision, en parlant de la *cause* des obligations, au tome précédent, nº 360.

Le jurisconsulte Javolenus, dans cette loi, se demande si la stipulation que je fais avec vous sous cette condition, est valable : *Si qua mihi nupserit, decem dotis ejus nomine dare spondes?* Me compterez-vous dix pour la dot de celle que j'épouserai, quelle qu'elle soit? ce qui revient à dire : Si je me marie, me compterez-vous dix à titre de dot? et il décide pour l'affirmative, nonobstant l'incertitude touchant la personne qui fera accomplir la condition *si je me marie;* car cette incertitude, dit le jurisconsulte, n'empêche point l'obligation de se former, si effectivement la condition s'accomplit : *Nam conditio etiam ex incertæ personæ facto, parere obligationem* ; et il ajoute : *Veluti si quis in Capitolium ascenderit, decem dare spondes?* stipulation très-valable en effet si la condition s'accomplit.

Godefroy s'explique ainsi sur ce texte : *Stipulatio consistit. Atqui nulla hîc subest causa promittendi;* L. 2, § 3, ff. *de Doli mali except. Imo subest*, DONANDI ANIMUS SCILICET. *Falsum est igitur, quod hîc dicitur ab interpretibus, Zazio scilicet et aliis*, CONDITIONEM ESSE PRO CAUSA. Ainsi, suivant Godefroy, il y avait donation, mais donation conditionnelle.

Que cette stipulation, *si quis in Capitolium ascenderit*, dût recevoir son exécution dans le droit romain, il n'y a là rien d'étonnant, puisque, faite librement, sans fraude et sans erreur, elle

(1) *Voyez* tome précédent, nº 360.

renfermait évidemment une libéralité conditionnelle ; or les donations n'étaient point assujetties aux formalités auxquelles on les a soumises dans notre législation. Mais, dans notre droit, pour être obligatoire, *tout* acte portant donation doit être passé suivant des formes spéciales, et l'effet de la donation entre-vifs ne doit jamais dépendre de la seule volonté du donateur ; tandis qu'il en dépendrait dans le cas où je donnerais sous cette condition : *si je vais,* ou *si je ne vais pas à Paris.* Et dès que c'est une obligation ordinaire, elle doit avoir une cause ; or elle n'en a point d'autre que la seule volonté de conférer une libéralité. Cujas, sur cette loi, et sur la loi 8 au même titre, dit pareillement que la promesse est contractée *animo donandi;* donc, etc.

27. Nous ne pouvons passer sous silence une autre décision de Pothier, qui, contre sa coutume, s'est fortement mépris sur le sens d'une loi romaine, et qui a entraîné M. Toullier dans la même erreur, quoique ce dernier jurisconsulte ne soit d'ailleurs pas de l'avis de Pothier sur la solution de la question décidée par ce dernier.

Il s'agit de la promesse faite en ces termes : *lorsque je le voudrai,* CUM VOLUERO ; et Pothier (n° 47) s'exprime ainsi sur ce point : « Les jurisconsultes romains pensaient que la convention « par laquelle quelqu'un promettait de faire quelque chose, *lorsqu'il le voudrait,* était valable ; « ils pensaient que ces termes ne laissaient pas « au choix de celui qui avait fait la promesse, de « faire ou de ne pas faire ce qu'il avait promis ; « qu'ils ne laissaient à son choix que le temps « auquel il le ferait, et qu'ainsi la convention « était valable, et obligeait ses héritiers, s'il « était mort avant de l'avoir accomplie, suivant « la loi 46, §§ 2 et 3, ff. *de Verb. oblig.*; mais il « y a lieu de croire que cette distinction subtile « (d'avec le cas où j'ai promis *si voluero*) ne « serait point admise parmi nous, et que cette « convention ne serait pas plus valable que « l'autre. »

M. Toullier, disons-nous, a adopté, sans aucune observation, la manière dont Pothier a interprété la loi romaine ; seulement il pense, contrairement à l'opinion de cet auteur, que la décision de cette loi, comme juste et raisonnable, devrait être suivie chez nous ; que l'obligation *cum voluero* n'est point contractée sous une condition purement potestative, et par conséquent qu'elle ne serait point annulée par l'art. 1174 (1), lequel, suivant lui, doit être entendu des obligations contractées sous des conditions de cette nature.

Nous ferons d'abord remarquer que ces termes *cum volucro*, ou ne font point condition du tout, mais seulement un terme incertain, ou qu'ils renferment une condition purement potestative. Et quant à la loi citée par Pothier, et ensuite par M. Toullier, voici ce qu'elle porte sur le cas en question : *Si ita stipulatus fuero,* CUM VOLUERIS, *quidam inutilem esse stipulationem aiunt ; alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris; quod verum est.* Ainsi suivant les uns, la promesse était absolument nulle ; selon d'autres, dont le sentiment a prévalu, elle était valable et devait être exécutée par les héritiers de celui qui l'avait faite, mais seulement s'il avait déclaré sa volonté à cet égard avant sa mort ; car c'est évidemment ce que dit le jurisconsulte, en ces termes : *Alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris;* c'est-à-dire que la promesse n'est nulle qu'autant que vous mourriez avant d'avoir déclaré votre volonté de l'exécuter ; par conséquent elle est nulle si vous mourez avant d'avoir manifesté votre volonté à cet égard. Au lieu que suivant l'interprétation de Pothier, adoptée mal à propos par M. Toullier, les mots *cum volueris* n'exprimeraient qu'un terme, et non une condition, et la promesse serait obligatoire pour les héritiers, qui devraient l'exécuter, si leur auteur ne l'avait point exécutée lui-même de son vivant. Or cela n'est vrai qu'au moyen de la déclaration de volonté de celui qui a fait la promesse, déclaration dont Pothier ne parle pas, qu'il ne paraît même pas supposer comme nécessaire à cet effet, et qui l'était cependant. C'est ce que dit positivement Cujas sur la loi 17 au même titre, où il explique cette loi 46, et dit notamment : *Quod si antequam vellet promissor, decesserit, heres ejus non tenetur.* Barthole, sur cette loi, s'exprime de la même manière : *Promissio* CUM VOLUERIS, *valet, si ante mortem tuam declares te velle : secus in promissione* SI VOLUERIS. En effet, dans ce dernier cas, il n'y avait point d'obligation du tout, par

(1) Code de Hollande, art. 1292.

conséquent, l'héritier de la personne ne pouvait être obligé. L. 8, ff. *de Oblig. et act.*

Ainsi, les Romains eux-mêmes ne voyaient point dans une telle convention, *cum voluero*, *cum volueris*, une promesse obligatoire pour celui qui l'avait faite; et ils ne la considéraient comme obligatoire pour ses héritiers, qu'autant qu'il avait déclaré sa volonté à cet égard, c'est-à-dire en vertu d'un consentement postérieur.

Pothier ne la regardait pas comme valable dans le droit français; mais c'était une conséquence de la manière dont il interprétait la loi romaine, car dans le droit romain lui-même elle eût été nulle en l'envisageant selon les termes dans lesquels cet auteur a entendu la loi. M. Toullier, au contraire, qui a cependant interprété ce texte de la même manière que Pothier, regarde la promesse comme valable, aussi bien en droit français qu'en droit romain; tandis que, prise dans ces termes, elle est nulle dans l'une et l'autre législation. En effet, en promettant de donner *lorsque je le voudrai*, il faut que je le veuille pour que je sois obligé, et si je meurs *sans l'avoir voulu*, l'obligation n'ayant jamais résidé en ma personne, elle n'a point passé à mes héritiers. Cela est clair comme le jour.

Mais si je déclarais ma volonté, dès ce moment le lien de droit se formerait contre moi, et par conséquent mes héritiers seraient tenus d'exécuter la promesse, si je ne l'avais pas exécutée moi-même avant ma mort; ainsi que j'aurais pu y être contraint à partir du moment où j'aurais déclaré ma volonté de faire la chose.

28. Et quand il s'agit d'un prêt fait avec la clause que l'emprunteur payera quand il le pourra, ou quand il en aura les moyens, le juge lui fixe un délai pour se libérer. (Art. 1901) (1).

29. Et s'il avait été dit que le débiteur rendrait la chose *quand il le voudrait*, et qu'il fût bien démontré par les circonstances de l'affaire que ce n'est point une libéralité qu'on a voulu lui faire (libéralité au surplus qui ne se présumerait pas, *quia nemo donare præsumitur*), on regarderait ces expressions, *quand il le voudrait*, comme équivalentes de celles, *que le débiteur payerait quand il le pourrait*, ou *quand il en aurait les moyens*. La cause de l'obligation étant formelle, et celui qui a reçu les choses ne devant pas s'enrichir aux dépens d'autrui, ces termes exprimeraient plutôt une faculté laissée à l'emprunteur pour se libérer à une époque où il le pourrait, qu'une condition purement potestative d'être ou de n'être pas obligé à la restitution. Ce serait, si l'on peut s'exprimer ainsi, une condition *temporis*, et non une condition *voluntatis*.

Voilà pour les obligations unilatérales, dont veut principalement parler l'art. 1174; et il ne faut point perdre de vue, ainsi que nous l'avons dit, que toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, est nulle (art. 944), soit qu'il s'agisse de l'effet primitif de la donation, soit qu'il s'agisse de la résolution de cet effet; sauf celles qui sont faites en faveur du mariage.

30. Mais dans les conventions synallagmatiques, comme la vente, l'échange, le louage, la société, le contrat peut être fait sous une condition potestative (tantôt suspensive, tantôt résolutoire) de la part de l'une des parties, et même quelquefois de la part de toutes deux.

Ainsi, l'achat fait à l'essai est fait sous une condition évidemment potestative de la part de l'acheteur, et cette condition est toujours présumée suspensive. (Art. 1588) (2). *Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest : sub conditione, veluti*, SI STICHUS INTRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS TOT AUREIS; § 4, Instit. *de Empt. et vendit.* Peu importe que la vente soit un contrat synallagmatique, c'est-à-dire qui produit des obligations réciproques, et qu'ici il n'y ait encore d'obligation que du côté du vendeur; on a dû faire fléchir la rigueur des principes, pour faciliter le commerce, attendu que, dans beaucoup de cas, les choses vendues ont besoin d'être éprouvées pendant un certain temps pour qu'on puisse s'assurer si elles ont les qualités requises; et cependant celui qui en a besoin veut lier le vendeur. Ici, il y a consentement des parties sur l'objet et le prix, et la condition potestative de la part de l'acheteur,

(1) Code de Hollande, art. 1799.

(2) Code de Hollande, art. 1499.

qui est, il est vrai, suspensive de son obligation, étant seulement pour un certain temps, elle n'est point un obstacle à la validité du contrat, si en effet elle se réalise, c'est-à-dire si, dans le délai fixé, l'objet convient à l'acheteur. Autre chose serait si le prix était laissé à l'arbitraire de l'une ou de l'autre des parties, *quanti velis* (1); ou s'il était laissé au libre arbitre de l'acheteur d'avoir ou non la chose pour achetée, sans fixation d'aucun délai pour se décider : *Si tibi placebit, habebis emptum* (2). Car dans ces cas, le contrat serait en tout et à toujours subordonné, dans sa perfection, à la volonté de l'une des parties, ce qui est contraire à l'essence des contrats et des obligations qui en résultent. L'acheteur n'étant lié dans aucun temps, il n'y aurait point par conséquent d'obligation de son côté, ce qui est opposé à l'essence du contrat de vente, dont l'effet est de produire des obligations directes de part et d'autre.

Ainsi encore, le vendeur qui vend avec le pacte de réméré ou faculté de rachat, se réserve, par ce pacte, la faculté de faire résoudre le contrat de vente, et c'est une condition potestative résolutoire de sa part seulement. Anciennement le pacte de rachat pouvait même être convenu *à toujours*, parce qu'il n'empêchait point la perfection du contrat de vente, et ses effets; il en opérait seulement la résolution, si le réméré était exercé. Aujourd'hui il ne peut être convenu que pour cinq ans au plus. (Art. 1660) (3).

L'acheteur lui-même peut non-seulement acheter sous une condition potestative de sa part, et suspensive, en achetant à l'essai, mais il peut, de plus, acheter avec faculté de résoudre la vente en rendant la chose. Ce pacte était très-fréquent en droit romain; il se faisait en ces termes : *Si res mihi displicuerit, inempta fiet* (4). On pouvait même convenir que l'acheteur pourrait toujours résoudre le contrat, en rendant la chose (5), attendu, dit Vinnius (6), que, *ea conventione, non perfectio contractus a voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio*. Nous ne pensons néanmoins pas que l'on pût aujourd'hui stipuler la faculté de résoudre la vente pour être exercée pendant plus de cinq ans. Nous nous décidons par analogie de ce qui a été établi par le Code relativement à la faculté de rachat. (Art. 1660.) Les motifs sont les mêmes.

La condition, essentiellement potestative dans ce cas, était considérée comme résolutoire. Elle devrait encore, en général, être envisagée sous cet aspect dans notre droit, parce que, dans l'hypothèse, la vente n'est pas nécessairement faite à l'essai. Il est très-possible, en effet, que la condition ait un tout autre but que celui d'éprouver la chose, d'en connaître les qualités, comme cela a lieu dans les ventes de cette sorte.

Ces décisions seraient applicables au cas d'échange, attendu que l'art. 1707 porte que les règles du contrat de vente sont applicables au contrat d'échange, sauf les dispositions spéciales établies dans les articles précédents relatifs à ce contrat, et au nombre desquelles ne sont point celles que nous venons d'appliquer au cas de vente.

Il arrive souvent aussi que, dans les locations faites pour un certain nombre d'années, pour neuf ans, par exemple, l'on convient que l'un ou l'autre des contractants pourra résilier le bail à certaines époques déterminées, *puta* au bout des trois ou six premières années, à la charge d'en faire la notification à l'autre partie. La clause peut même être stipulée dans l'intérêt de l'un d'eux seulement, du bailleur ou du preneur, n'importe. Dans ce cas, le contrat cesse de produire ses effets pour l'avenir. Le bail *de trois à six, de six à neuf*, n'est toujours qu'un seul et même bail, mais résoluble.

Et quant à leur durée, les sociétés qui ne sont point contractées à temps dépendent de la volonté de chacun des associés, qui peuvent demander la dissolution de la société, pourvu que cette demande soit faite de bonne foi et qu'elle n'ait pas lieu à contre-temps. (Art. 1805 et 1869 combinés) (7).

31. Au surplus, il n'en est pas de l'obligation

(1) L. 35, § 1, ff. *de Contrah. empt.*

(2) L. 13, *de Contrah. empt.* Vinnius, Instit. § 4, *de Empt. et vendit.*

(3) Code de Hollande, art. 1536.

(4) L. 3, ff. *de Contrah. empt.* L. ff. *de Rescind. vendit.* L. 4, Cod. *de Ædilit. edict.* — (5) L. 31, § 22, ff. *de Ædilit. edicto.*

(6) *Ad Instit.*, § 4, *de Empt. et vendit.*

(7) Code de Hollande, art. 1686.

laissée à la volonté d'un tiers, comme, dans les cas ordinaires, de celle qui dépendrait de la volonté de la personne qui s'oblige; elle est valablement contractée, et doit recevoir son exécution si le tiers en effet déclare sa volonté. La condition est alors casuelle ou mixte, selon les circonstances, et non potestative de la part du débiteur. C'est ainsi que, lorsque deux personnes qui sont en contestation sur un objet, conviennent que celle qui le détient le restituera à l'autre, *si Paul le juge convenable*, la convention doit recevoir son exécution, si ce dernier déclare que l'objet doit être restitué. L. 43, ff. *de Verb. oblig.*

Mais s'il ne veut ou ne peut le déclarer, la convention reste sans effet, même pour la clause pénale, s'il en avait été ajouté une. L. 44, *cod. tit.*

Aussi, d'après l'art. 1012 du Code de procédure, le compromis finit par le décès, refus, déport, ou empêchement même de l'un des arbitres seulement, dans le cas où il en a été choisi plusieurs, à moins qu'il n'y ait clause, dans le compromis, qu'il sera passé outre, ou que le remplacement sera au choix des parties, ou au choix de l'arbitre ou des arbitres restants.

Ainsi encore, le prix de la vente, dont la fixation est essentielle au contrat, peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers désigné ; mais si le tiers ne veut ou ne peut le fixer, il n'y a point de vente. (Art. 1592.)

Néanmoins, suivant les lois romaines, un legs ne peut dépendre du libre arbitre d'un tiers, par exemple : *Je lègue à Seïus,* si Sempronius voluerit. Le legs eût été nul quand bien même Sempronius aurait déclaré que sa volonté était qu'il devait recevoir son exécution (1). Mais les Romains admettaient fort bien qu'on peut léguer valablement sous une condition ayant pour objet le fait d'un tiers, et dont l'accomplissement, par conséquent, dépend plus ou moins de la volonté de ce tiers; par exemple le legs fait en ces termes : *Si Titius ad Capitolium ascenderit, Seïo do lego* (2), était très-valable, et il devait recevoir son exécution, si effectivement Titius était monté au Capitole.

Nous avons donné la raison de cette différence sur le premier cas, en traitant des legs conditionnels, tome IX, n° 300 et suivants, où nous exprimons l'opinion que les décisions des lois romaines sur ces différents points devraient être suivies dans notre droit, du moins généralement.

32. Une autre division des conditions, fort importante à raison de la validité ou de la nullité de l'obligation, est en conditions possibles, licites et honnêtes, et en conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, selon leur objet.

Suivant l'art. 1172 (3), « toute condition d'une « chose impossible, ou contraire aux bonnes « mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, ET « REND NULLE L'OBLIGATION CONTRACTÉE SOUS CETTE « CONDITION. (Art. 1172.)

Au lieu que d'après l'art. 900 (4), « dans toute « disposition entre-vifs ou testamentaire, les « conditions impossibles, celles qui sont con- « traires aux lois ou aux mœurs, sont réputées « non écrites; » ce qui ne peut signifier autre chose si ce n'est que la disposition, comme réputée pure et simple, doit recevoir son exécution, si elle n'est vicieuse pour autre cause.

Comme, en analysant cet article (5), nous avons discuté avec soin les motifs sur lesquels on a pu vouloir fonder une aussi importante différence entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons dit à ce sujet, afin d'éviter d'inutiles répétitions.

33. Une condition est impossible lorsque les lois de la nature mettent obstacle à son accomplissement ; par exemple : *Si vous touchez le ciel du doigt, si vous donnez un hippocentaure, si vous buvez la Seine*. Et toute obligation (autre qu'une donation) contractée sous une condition de cette sorte, est absolument sans effet, parce qu'il est évident que les parties ont plutôt voulu faire une plaisanterie que traiter sérieusement.

Mais l'obligation contractée sous la condition

(1) L. 32, ff. *de Condit. et demonst.* L. 68, ff. *de Hæredib. instit.*

(2) Mêmes lois.

(3) Code de Hollande, art. 1290.

(4) Code de Hollande, art. 935.

(5) Tome VIII, chap. 1er, sect. 3, et particulièrement nos 100 à 112.

de ne pas faire une chose physiquement ou naturellement impossible, et qui a d'ailleurs une juste cause, est très-valable (1) (art. 1173) (2), précisément parce que la condition n'en est réellement pas une ; car il est certain que la chose impossible à faire ne sera pas faite, et par conséquent que la condition se trouve par cela même accomplie. Il n'y a rien de suspendu en pareil cas; aussi, s'il était dit : *Si vous ne touchez pas le ciel du doigt dans l'année, promettez-vous de me donner cent?* le créancier pourrait agir de suite (3).

L'obligation serait pareillement pure et simple, si elle était contractée sous deux conditions qui s'entre-détruiraient, c'est-à-dire, dont l'une devrait nécessairement arriver ; par exemple, s'il était dit : *Si tel navire revient en France, ou n'y revient pas ;* car il serait *certain* que l'une ou l'autre de ces choses arrivera ; par conséquent, il n'y aurait pas de condition, puisque la condition est le cas d'un événement incertain.

Mais, dans ce cas, si l'obligation n'avait aucune cause, ce serait évidemment une donation, et une donation pure et simple, pour la validité de laquelle les formalités prescrites pour les actes portant donations devraient être observées; sinon l'acte serait nul comme promesse dépourvue de cause.

34. Une condition est contraire aux bonnes mœurs lorsqu'elle blesse l'honnêteté et la pudeur des personnes, lorsqu'elle a pour objet de gêner gravement la liberté de leurs actions, quand elle tend à leur faire méconnaître les préceptes de la morale universelle et de la charité envers nos semblables, ou lorsqu'elle est en opposition avec les principes religieux de celui à qui elle a été imposée ; dans ces cas la condition est *moralement* impossible. On pourrait en donner des exemples innombrables, sans jamais pouvoir embrasser tous les cas ; c'est donc un point laissé à la sagesse des tribunaux. Nous sommes entré à cet égard dans des explications assez étendues, lorsque nous avons analysé l'article 900, au tome VIII, chap. 1er, sect. 3. D'autres cas encore peuvent sans doute se présenter ; mais, comme nous venons de le dire, les magistrats examineraient, dans leur sagesse, si la condition dont on a fait dépendre l'effet de la convention est ou non contraire aux bonnes mœurs ou aux lois, et, dans cette appréciation, ils considéreraient moins encore le degré d'intelligence et de discernement des parties, leur état et leurs habitudes, que la nature de la condition en elle-même par rapport à l'ordre public et aux bonnes mœurs envisagés sous un point de vue général.

35. L'obligation contractée sous la condition de ne pas faire quelque chose qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, ou, en d'autres termes, de ne pas faire une chose *moralement impossible*, est pareillement valable si elle a d'ailleurs une juste cause ; par exemple : *Je vous vends ma maison moyennant* 10,000 *francs, si vous ne vous battez pas en duel avec un tel,* avec lequel vous venez d'avoir une querelle ; car, si l'on retranche la condition, le contrat a son effet, puisqu'il a une cause, la vente emportant virtuellement la cause de l'obligation de chacune des parties dans ce que l'autre doit lui donner ; et, si on la laisse subsister, le contrat a pareillement son effet, si elle est accomplie, puisqu'elle est très-licite, ayant pour objet d'empêcher une chose illicite. Aussi, la condition imposée à une femme, *si non diverterit,* était très-valable en droit romain (4), tandis que la condition *si diverterit* était regardée, avec raison, comme contraire aux bonnes mœurs (5).

Mais si, au lieu d'une vente ou de tout autre contrat synallagmatique, la convention faite sous la condition de ne pas faire quelque chose qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, est une promesse unilatérale tout à fait dépourvue de cause, parce que celui au profit duquel elle a été faite n'a rien donné, ne donne rien et ne donnera rien à l'autre partie, alors l'obligation est nulle comme dénuée de cause, parce que la condition, dans ce cas, n'en peut pas tenir lieu. Ainsi, sans rien vous devoir, mais uniquement en vue de vous détourner d'un mauvais dessein, je vous promets mille francs, si vous ne publiez pas certain libelle que vous m'avez montré, et que vous vous proposez de publier contre un tel, mon parent ou mon ami ; nul doute qu'une telle

(1) L. 7, ff. *de Verb. oblig.*
(2) Code de Hollande, art. 1291.
(3) L. 8, *eodem tit.*

(4) L. 2, Cod. *de Condit. insert. tam legat. quam. fideicom.*
(5) L. 5, Cod. *de Instit. et substit.*

promesse ne soit nulle, puisque vous ne sauriez réclamer un prix pour vous être abstenu d'une action dont vous deviez naturellement vous abstenir. Ma promesse reste toujours sans cause par rapport à moi, et par rapport à vous, elle n'en a qu'une honteuse. Cet exemple prouve encore la vérité de ce que nous avons dit plusieurs fois, que la condition ne tient pas toujours lieu de cause. Vous ne pourriez même soutenir que la promesse vaut comme donation, puisque les formes des actes portant donation n'ont point été observées. Ainsi, elle est nulle sous tous les rapports : nulle comme donation, à raison de l'absence des formes, et nulle comme obligation ordinaire, à raison du défaut de cause.

36. Mais puisque les conditions contraires aux bonnes mœurs et aux lois rendent nulles les obligations contractées sous de telles conditions, l'on sent combien il importe de ne pas les confondre avec les simples pactes, clauses, charges ou conventions particulières insérés dans les contrats, et que la loi repousserait comme contraires à ses dispositions.

Ainsi, la clause insérée dans un contrat de mariage, par laquelle la femme stipulerait qu'elle aura le droit d'ester en jugement et de disposer de ses immeubles sans avoir besoin de l'autorisation de son mari ni de celle de la justice, serait bien nulle assurément d'après les articles 215, 217, 1388 et 1538 (1), analysés et combinés, mais elle ne rendrait pas nul pour cela le contrat de mariage lui-même, quoique les diverses conventions d'un contrat soient la condition tacite les unes des autres ; car ce serait, au contraire, le cas de la règle : *Utile per inutile non vitiatur*.

Il en serait de même de la clause insérée dans un contrat de vente, par laquelle le vendeur se réserverait la faculté d'exercer le rachat pendant un temps excédant cinq années : non-seulement le contrat de vente serait maintenu, mais le pacte de réméré lui-même serait valable; seulement, le délai serait fixé à cinq ans. (Art. 1660) (2).

Et quoique l'une ou l'autre de ces clauses fût stipulée sous le mode conditionnel, *à condition que, qu'autant que*, etc., les parties subordonnant ainsi formellement l'effet du contrat lui-même à l'effet de la clause, nous ne pensons néanmoins pas que la nullité du contrat dût s'ensuivre. D'abord, quant aux donations insérées dans un contrat de mariage, elles ne seraient pas moins bonnes, en vertu de l'art. 900, lors même qu'on devrait considérer la clause dont il s'agit comme une condition proprement dite, de la nature de celles que l'art. 1172 a eu aussi en vue en disant que toute condition d'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs, ou prohibées par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend ; car, en matière de donation, les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites; il n'y aurait, tout au plus, que les stipulations à titre onéreux, comme les conventions de communauté, et autres analogues, qui pourraient être affectées par la clause ; mais celles-là même ne devraient pas l'être : il n'y aurait de nulle que celle qui était spécialement interdite par la loi.

En effet, l'art. 1172 doit se coordonner avec l'art. 1168 (3), qui nous donne la définition de ce que la loi, dans ces articles, entend par *condition*; or c'est le cas *d'un événement futur et incertain* dont on fait dépendre l'effet de l'engagement, ou sa résolution, selon que cet événement arrivera ou n'arrivera pas. Au lieu que la stipulation de la femme, dans l'espèce, n'a pas pour objet un événement considéré comme incertain ; au contraire, c'est une chose positive que les parties ont eue en vue : c'est une stipulation pure en elle-même ; seulement c'est à l'effet de cette stipulation qu'elles ont déclaré subordonner les autres conventions du contrat de mariage, comme ne devant recevoir leur exécution, d'après la clause, qu'autant que cette même clause recevrait la sienne ; mais elles ne l'ont pu, et elles ont pu très-bien faire les conventions principales. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'art. 1172 à ces conventions, puisqu'elles n'étaient point subordonnées à un événement futur et incertain, contraire aux lois ou aux mœurs, mais bien à un objet positif.

Que l'on suppose aussi que, dans un acte de

(1) Code de Hollande, art. 165, 163, 195.
(2) Ibid., art. 1549.
(3) Code de Hollande, art. 1289.

célébration de mariage, un officier de l'état civil, ignorant ou méconnaissant ses devoirs, insère, à la demande des époux, la clause portant que, en cas d'incompatibilité d'humeur, ils pourront vivre séparément, le mari sans être obligé de recevoir la femme, la femme sans être tenue d'habiter avec le mari, et qu'il y ait déclaration expresse, que c'est sous la condition seulement de cette réserve, que le mariage est contracté; une pareille clause assurément serait incontestablement nulle, comme contraire aux lois et aux bonnes mœurs; mais oserait-on soutenir pour cela, et par application de l'art. 1172, que le mariage lui-même est nul, parce qu'il a été contracté sous une condition contraire aux lois? Personne n'oserait avancer une pareille proposition : on appliquerait simplement l'adage: *Utile per inutile non vitiatur*.

Et si, dans le contrat qui règle les conventions matrimoniales, il se trouvait des clauses qui portassent atteinte à la puissance paternelle, ou à l'ordre légal des successions, par exemple, en attribuant à l'aîné des enfants une part plus forte que celle des autres dans la succession des père et mère, de telles clauses seraient assurément nulles aussi, mais le contrat de mariage ne le serait pas pour cela dans ses autres dispositions permises, quand bien même, selon nous, on aurait expressément subordonné l'effet de ces dispositions à l'effet des stipulations prohibées. On se bornera toujours, en pareil cas, à annuler simplement les conditions interdites, du moins il faudrait un concours de circonstances extraordinaires qui attestât que les parties ont voulu braver les lois pour qu'on annulât le contrat dans son ensemble, et encore, si l'un des époux était mineur, la nullité du contrat ne saurait être admise sur la demande de l'autre époux.

37. Les auteurs divisent aussi les conditions en expresses ou formelles, et en tacites ou sous-entendues.

Les expresses sont celles qui sont positivement exprimées par les contractants ou par les testateurs, et quelquefois par la loi.

Les tacites sont celles qui sont inhérentes à la nature de l'affaire ou de la disposition, et que la loi elle-même supplée dans le silence des parties.

38. Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation, pour chacune des parties, d'exécuter le contrat, est une condition tacite que l'engagement de l'autre n'aura effet qu'autant que cette exécution aura lieu (art. 1184); la condition dans ce cas est résolutoire.

Quelquefois même, sans suspendre l'*effet* de l'engagement, elle en suspend néanmoins l'*exécution;* par exemple, le vendeur qui n'a point accordé un terme à l'acheteur n'est pas obligé de lui livrer la chose, si celui-ci n'en paye pas le prix. (Art. 1612) (1).

Ordinairement, la résolution a besoin d'être demandée en justice (art. 1184) (2), mais dans quelques cas elle a lieu de plein droit. C'est ainsi que la vente de denrées et d'effets mobiliers est résiliée de plein droit, et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. (Art. 1657) (3).

39. Dans les dispositions testamentaires il y a toujours la condition tacite que l'héritier institué ou le légataire survivra au testateur (art. 1039); mais ce n'est pas là une véritable condition, elle ne rend point l'institution ou le legs conditionnels; elle ne les rendrait même généralement point tels, encore qu'elle eût été exprimée par le testateur.

Les donations faites par une personne qui n'avait point d'enfants au moment de la donation, sont censées faites sous une condition résolutoire, au cas où il surviendrait un enfant légitime au donateur, ou que celui-ci légitimerait un enfant naturel né depuis la donation (art. 960); mais la donation n'est pas pour cela conditionnelle.

On multiplierait facilement les exemples des conditions tacites légales.

40. Le sens conditionnel s'exprime communément par la conjonction *si*, ou par ces sortes de phrases, *en cas que*, *pourvu que*, *à moins que*, *qu'autant que*, *à condition que*, *le cas avenant*, et autres semblables expressions.

(1) Code de Hollande, art. 1514.
(2) Ibid., art. 1302 et 1303.
(3) Code de Hollande, art. 1534.

L'ablatif absolu, *cela étant*, etc., fait aussi ordinairement condition, mais pas toujours : c'est le sens de la phrase entière dans laquelle se trouvent ces mots qui détermine s'ils sont ou non conçus dans le sens conditionnel. L'on doit en dire autant, en général, de l'emploi des gérondifs.

41. Quant à la conjonction *lorsque*, ou *quand*, elle n'emporte condition qu'autant que, de l'ensemble de la clause dans laquelle elle se trouve, l'intention des parties a été évidemment d'y attacher ce sens. Dans le cas contraire, ce n'est qu'un terme, qui ne suspend point l'effet de l'obligation, mais en retarde seulement l'exécution. (Art. 1185) (1). Les circonstances de la cause peuvent aussi éclairer les tribunaux sur la pensée des contractants à cet égard.

C'est au surplus un point important, attendu que, d'après l'art. 1182, si la chose promise sous condition vient à périr pendant que la condition est encore en suspens, elle périt pour celui qui l'a promise (dans le cas où un prix aurait été convenu pour cette chose), quoique la condition vînt à s'accomplir ensuite, et nonobstant la règle que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179) ; tandis que si les parties n'ont entendu mettre qu'un terme, la perte de la chose arrivée par cas fortuit et avant que le débiteur fût en demeure, est supportée par le créancier de cette chose, lequel, par conséquent, n'est pas moins obligé d'en payer le prix, s'il en a promis un.

42. Le pronom *qui* forme tantôt condition, tantôt charge ou mode, tantôt simple indication ou démonstration, mais rarement condition.

En traitant des legs, tome IX, n° 293, nous avons donné des exemples de cas où cette expression a l'une ou l'autre de ces significations ; l'on peut recourir à ce que nous avons dit à cet égard ; car, généralement, les décisions sont les mêmes en matière de contrats, et la règle à suivre, c'est de s'attacher à l'intention qu'avaient probablement les contractants au moment de la convention. (Art. 1156) (2).

43. Aussi toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. (Article 1175) (3).

44. Il importe surtout de bien distinguer si la condition qu'elles ont insérée a dû, dans leur intention, être suspensive ou résolutoire, parce que les effets sont bien différents : notamment la condition suspensive empêche l'exécution de l'obligation tant qu'elle n'est pas accomplie ; tandis que la condition résolutoire n'empêche pas l'exécution de la convention, seulement elle opère la résolution de l'engagement, si elle se réalise, et remet ainsi les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé. (Art. 1183.)

A cet égard, on suit le sens naturel des termes de l'acte, attendu que c'est généralement par les expressions qu'elles emploient, que les parties témoignent leur volonté. Mais cette règle fléchit toutefois devant cette autre, que, « dans les conventions, l'on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » (Art. 1156.)

On peut néanmoins établir comme règle générale que, lorsque les termes destinés à exprimer l'événement prévu portent directement sur l'effet primitif de la convention, la condition est suspensive ; et que, lorsqu'ils portent sur la résolution de cet effet, la condition est résolutoire.

De là si je dis : *La vente de ma maison vous est faite moyennant* 10,000 *fr.*, *si quelque autre ne m'en donne, dans le mois, un prix supérieur*, la condition est suspensive. Mais si je dis : *Je vous vends ma maison* 10,000 *fr.*; *mais si quelque autre, dans le mois, m'en donne un prix supérieur, il n'y aura pas de vente*, la condition est résolutoire. C'est ce que décide, sur l'un et l'autre cas, le jurisconsulte Ulpien dans la loi 2 ff. *de in diem Addict.* que nous avons déjà eu occasion de citer plus haut, n° 8 : *Nam si quidem hoc actum est*, UT MELIORE ALLATA CONDITIONE, DISCEDATUR, *erit pura emptio*, *quæ sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est*, UT PERFI-

(1) *Voyez*, en matière de legs, tome IX, n° 294.

(2) Code de Hollande, art. 1379.

(3) Code de Hollande, art. 1293

CIATUR EMPTIO, NISI MELIOR CONDITIO AFFERATUR, *erit emptio conditionalis.* (C'est-à-dire, sous condition suspensive.)

45. Dans l'accomplissement des conditions, il faut distinguer celles qui consistent dans un fait personnel à celui auquel elles sont imposées, de celles qui ne consistent que dans un fait considéré en lui même, abstraction faite de la personne qui l'accomplirait.

Ainsi, lorsque je dis: Je vous promets 1,000 fr., *si vous me faites mon portrait*, ou *si vous me dressez le plan d'un hôtel* que je me propose de faire construire, la condition doit être accomplie par vous-même: vos héritiers ne pourraient l'accomplir, non plus que vos créanciers, pour avoir les 1,000 fr. Aussi n'est-ce pas de ces cas, et autres semblables, que l'on doit entendre la disposition de l'art. 1179, portant que, si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers; ce qui semblerait faire supposer que ces derniers peuvent, comme leur auteur, remplir la condition, et ensuite exercer le droit qui dépendait de son accomplissement. Cet article doit être entendu des cas où la condition est casuelle, de presque tous ceux aussi où elle est mixte, mais non pas de tous ceux où elle est potestative de la part du créancier, tant s'en faut.

Mais lorsque je conviens avec vous de vous compter 100 fr., *si vous abattez tel arbre de votre jardin*, qui gêne les jours de ma maison, ou *si Paul détruit tel mur*, qui me gêne pareillement, la condition peut être accomplie par vos héritiers dans le premier cas, et par ceux de Paul dans le second; car c'est le fait en lui-même qui a été considéré, et non la personne qui l'exécuterait.

La plupart des anciens docteurs pensaient toutefois que toute condition potestative de la part du stipulant ou créancier ne pouvait s'accomplir utilement après sa mort; par conséquent qu'il ne transmettait pas le droit à ses héritiers, faute de l'avoir acquis lui-même par l'accomplissement de la condition. Mais on a démontré depuis longtemps que cette doctrine était erronée par sa trop grande généralité: elle est vraie dans les cas où la condition potestative de la part du créancier consiste dans un fait qui lui est purement personnel, comme dans les exemples que nous avons donnés ci-dessus, et que l'on peut étendre, il est vrai, à bien d'autres cas encore, mais elle est fausse dans ceux où la condition, quoique potestative, consiste plutôt dans le fait en lui-même, que dans la volonté personnelle de la partie contractante qui devait l'exécuter, et qui n'a été désignée dans le contrat que parce que la chose à faire dépendait plutôt d'elle que de toute autre au moment où l'on traitait. Il en est de ces conditions comme des obligations de faire contractées purement et simplement, lesquelles peuvent être exécutées par un tiers comme par le débiteur lui-même, contre le gré du créancier, lorsque celui-ci n'a pas d'intérêt à ce qu'elles le soient par le débiteur. (Art. 1237) (1).

46. En général, si plusieurs conditions ont été imposées par une particule disjonctive, par exemple, *si tel navire revient en France, ou si Paul est nommé à tel emploi*, il suffit que l'une ou l'autre s'accomplisse, pour que l'obligation devienne parfaite, si les conditions sont suspensives, et pour qu'elle se résolve, dans le cas où elles seraient résolutoires.

47. Quand les conditions sont imposées sous une particule conjonctive, *puta, si tel navire revient en France et si Paul est nommé à tel emploi*, elles doivent être toutes remplies.

48. Si la condition est apposée avec une circonstance qui lui soit inhérente, par exemple, s'il est dit: *Si tel navire arrive à bon port avec tel capitaine*, ou bien: *Si Paul est nommé à tel emploi par suite d'un concours;* il faut que la condition s'accomplisse avec la circonstance prévue; car cette circonstance fait partie intégrante de la condition; elle est elle-même en quelque sorte une condition secondaire.

49. Au surplus, en matière de conditions comme dans d'autres matières (2), la disjonctive *ou* se prend quelquefois dans le sens de la copulative *et*. En sens inverse, la copulative doit quelquefois être prise dans le sens de la disjonc-

(1) Code de Hollande, art. 1419.

(2) *Voyez* la L. 53, ff. *de Verb. signif.*

tive. Mais, dans l'un et l'autre cas, c'est lorsque l'intention des parties contractantes, et surtout de celle qui a mis la condition, ne saurait être douteuse, d'après les circonstances de la cause ; car il faut toujours en revenir à la règle, que les conditions doivent être accomplies de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elles le fussent. (Art. 1175.)

La disjonctive se prend pour la conjonctive dans l'espèce suivante : *Je donne à Paul ma maison ; mais je stipule le droit de retour au cas où il mourrait avant moi sans enfants, ou sans avoir disposé de la maison.* Il est clair que, suivant mon intention, la disjonctive *ou* a été mise ici pour la copulative *et;* en conséquence, que le droit de retour ne doit avoir lieu qu'autant que Paul mourrait sans enfants, et, en outre, qu'autant qu'il mourrait sans avoir disposé de la maison; en sorte que, lors même qu'il mourrait sans enfants, le retour n'aurait pas lieu, s'il avait disposé de la maison ; comme, en sens inverse, il n'aurait pas lieu non plus quoiqu'il n'eût pas disposé de la maison, s'il avait laissé des enfants. Cependant, d'après la clause, il devait avoir lieu dans l'un *ou* l'autre cas. Mais il est clair que si l'existence des enfants n'eût pas dû, dans ma pensée, faire obstacle au droit de retour, il était inutile de parler d'eux, il suffisait de dire que le retour aurait lieu au cas où Paul mourrait sans avoir disposé de la maison. Et, *vice versa*, si le fait seul que Paul ne laisserait pas d'enfants suffisait, dans ma pensée, pour empêcher le retour, il était inutile de parler du cas où il n'aurait pas disposé de la maison. Tel est aussi l'avis de Pothier (n° 225), et la loi 6, Cod. *de Instit. et substit. princip.* fournit un puissant argument pour le décider ainsi. Dans le cas prévu et décidé par cette loi, la disjonctive *ou* est clairement prise dans le sens de la conjonctive *et*.

La conjonctive, au contraire, se prend pour la disjonctive quand je stipule pour moi *et* pour mes héritiers (1) ; car il est clair que je n'entends pas par là que vous devez faire la chose pour moi, et encore pour mes héritiers.

Elle se prend aussi pour la disjonctive dans le cas de l'art. 1042 (2), où il est dit que le legs est caduc si la chose a péri depuis la mort du testateur, sans le fait *et* la faute de l'héritier, quoique celui-ci eût été mis en demeure de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire. Il faut évidemment, « sans le fait « *ou* la faute de l'héritier (3), » autrement il y aurait antinomie avec l'art. 1245 (4), qui porte que le débiteur d'un corps certain est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait *ou* de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure. Or la chose peut très-bien avoir péri par le fait de l'héritier, sans cependant qu'il y ait eu faute de sa part. Le § 16 aux Instit. *de Legatis*, nous offre l'exemple d'un cas semblable, celui où un héritier grevé du legs d'un esclave, a affranchi cet esclave dans l'ignorance du legs, ou l'a donné à quelqu'un qui l'a affranchi; et il n'est point libéré. Cependant l'on ne peut raisonnablement lui reprocher aucune faute, même la plus légère.

50. La condition *s'il meurt sans enfants*, SI SINE LIBERIS DECESSERIT, manque, lors même que la personne ne laisse qu'un enfant. LL. 148 et 149, ff. *de Verb. signif.*

Cela est vrai dans les contrats comme dans les testaments.

51. Cette condition, dans le droit romain, comprenait même les enfants naturels, c'est-à-dire ceux que l'on avait eus d'une concubine, et que l'on appelait *liberi naturales* (5). C'était toutefois une question d'intention, qui se décidait d'après l'état et la dignité de celui qui avait disposé sous cette condition. L. 17, § 4, ff. *Ad senatusc. Trebell.*

Justinien a même décidé, par la loi 6, Cod. *de Instit. et substit.*, que les enfants naturels seraient compris dans la condition tacite *si sine liberis*

(1) *Conjunctionem enim nonnunquam pro disjunctione accipi, Labeo ait : Ut in illa stipulatione*, MIHI HÆREDIQUE MEO, TE HÆREDEMQUE TUUM. L. 29, ff. *de Verb. signif. Voyez* aussi les lois 53 et 124, au même titre.

(2) Et dans quelques autres encore, notamment dans l'art. 519. *Voyez* tome IV, n° 22.

(3) C'est ce que nous avons déjà dit au tome IX, nos 492 et suivant.

(4) Code de Hollande, art. 1030.

(5) Qu'il ne faut pas confondre avec les *spurii*, *vulgo quæsiti, seu ex vaga venere nati.*

decesserit; qu'ainsi, lorsqu'un père instituerait son fils son héritier, en lui substituant un tiers, sans déclarer que la substitution aurait effet si le fils décédait *sine liberis*, non-seulement l'existence d'un ou plusieurs enfants légitimes au décès de l'institué ferait évanouir la substitution, mais aussi que l'existence d'un ou plusieurs enfants naturels empêcherait qu'elle ne s'ouvrît, jusqu'à concurrence toutefois des droits attribués aux enfants naturels sur la succession de leurs père et mère.

D'après l'art. 960, la survenance d'un enfant naturel au donateur qui n'avait point d'enfants légitimes au moment de la donation, ne suffit pas pour en opérer la révocation ; il faudrait pour cela que cet enfant fût légitimé par mariage subséquent. Mais comme, selon notre opinion, les enfants naturels légalement reconnus, non incestueux ni adultérins, ont droit à une réserve sur les biens de leurs père et mère décédés (1), il est vrai de dire, quant à cet objet qu'ils sont aussi compris dans la condition tacite et légale *si sine liberis decesserit,* en ce sens que leurs père et mère n'ont pu disposer de tous leurs biens, que sous la condition tacite qu'ils ne laisseraient pas d'enfants naturels légalement reconnus qui demanderaient ce que la loi leur accorde.

Il sera bien rare, au surplus, que, dans notre droit, les enfants naturels, quoique légalement reconnus, soient compris dans la condition *si sine liberis decesserit,* exprimée dans les testaments ou dans les contrats ; mais les circonstances particulières de la cause pourraient toutefois faire reconnaître aux tribunaux que l'intention des parties ou du disposant a été de les y comprendre.

32. Nous avons dit que le principe général en matière de conditions est qu'elles doivent être accomplies suivant l'intention qu'avaient vraisemblablement les parties au moment du contrat ; en conséquence, que lorsque la condition a pour objet un fait personnel au créancier, elle doit être remplie par lui et non par tout autre, même par son héritier ou par ses créanciers ; mais que lorsque le fait a été envisagé en lui-même plutôt que par rapport à la personne, ce fait peut être accompli même par ses héritiers, et même par ses créanciers.

Ainsi, quand, dans une transaction, je déclare renoncer à telle demande que j'ai formée contre vous, *si dans l'année vous me comptez dix mille francs*, nul doute, si vous venez à mourir dans l'année, que vos héritiers ne puissent valablement payer la somme dans le même délai, pour donner effet à la transaction. Cette clause renferme plutôt une charge qu'une condition proprement dite, et encore si vous vous êtes réellement obligé de votre côté à payer la somme, si la chose n'a pas été laissée à votre libre arbitre, ainsi que cela a pu avoir lieu, comme nous l'avons dit plus haut.

Dans le droit romain, le legs fait à Sempronius à la charge ou à la condition de compter cent à l'héritier (ou à un tiers), était considéré comme conditionnel ; en sorte que si Sempronius mourait avant d'avoir compté les cent, le legs était caduc, à moins que celui à qui ils devaient être comptés ne les eût refusés. A plus forte raison le legs était-il conditionnel lorsque la clause était ainsi conçue : *S'il compte cent à Titius* (2). Comme ces conditions étaient potestatives de la part de celui à qui elles étaient imposées (3), il fallait, pour qu'elles fussent réputées accomplies, que la personne eût obéi à la volonté du testateur, du moins autant qu'il était en elle de le faire. Mais, ainsi que nous l'avons dit, en traitant des legs, tome IX, nos 296, 317 et 326, le legs fait à Paul *à la charge* et même *à condition de compter cent à Pierre*, ne serait généralement point considéré comme conditionnel dans notre droit ; en conséquence, il serait transmissible aux héritiers du légataire qui aurait survécu au testateur, et qui serait mort avant d'avoir compté les cent. Ils pourraient, d'après cela, ainsi que les créanciers, en réclamer la délivrance, en payant la somme. On verrait dans ces expressions plutôt une simple *charge*, qu'une *condition* proprement dite, car, d'après l'art. 1040, c'est l'intention du testateur seule qui rend le legs conditionnel. Or de telles clauses ne démontrent point nécessairement, tant s'en faut, qu'il ait eu la volonté que le legs n'eût effet qu'autant que ce serait le légataire

(1) *Voyez* tome VI, nos 309 et suivants, et tome VIII, nos 302 et 303.

(2) *Voyez* notamment, sur ces différentes clauses, les lois 4, *princip.*; 13, 23, 44, § 8; 51, § 1; 54, § 1; 56, 62, § 1; 94 et 112, § 1, ff. *de Condit. et demonst.* — (3) On appelait ces sortes de conditions *promiscuæ*. L. 11, ff. *de Condit. et demonst.*

lui-même qui compterait les cent. Il y aurait plus de difficulté s'il avait dit : Je lègue à Paul, *s'il compte cent à Pierre*, parce que la particule *si* exprime mieux que tout autre terme le sens conditionnel. Néanmoins, il y aurait encore à considérer quelle a pu être sa volonté, d'après les circonstances particulières de la cause, et si le légataire pourrait ou non être présumé n'avoir pas voulu du legs, dans le cas où il serait mort après un assez long temps depuis qu'il en a eu connaissance.

53. Les conditions, en général, doivent être accomplies *indivisibiliter*, et non par parties ; d'où il suit que si l'on a légué une chose à quelqu'un, *s'il donne cent à l'héritier* (ou à un tiers), le légataire ne peut, en ne donnant que la moitié de la somme, demander la moitié de la chose léguée (1).

Il en serait autrement si le legs avait été fait conjointement à deux personnes, sous la condition, *si elles donnent cent à l'héritier :* chacune d'elles pourrait, en donnant cinquante, demander sa part dans la chose léguée (2) ; et la part du colégataire qui ne remplirait pas la condition, accroîtrait à celle de l'autre, *sed sua conditione* (3), c'est-à-dire avec la charge de payer les autres cinquante.

La L. 112, § 1, *de Condit. et demonst.* nous fournit aussi l'exemple d'un cas où la condition peut être accomplie par parties et pour partie, quoique ce soit à la même personne à qui elle ait été imposée. Dans l'espèce de cette loi, on a légué un fonds à Titius, *s'il donnait cent à Sumphorus et à Januarius :* Sumphorus étant venu à mourir avant le payement des cent, le jurisconsulte Scævola se demande si le legs n'est pas devenu caduc, comme s'il eût été fait sous la condition que le légataire payerait cinquante à chacune des deux personnes? Mais il décide, toutefois *benigna interpretatione,* que si Sumphorus est mort avant que le légataire ait été en demeure de lui compter sa part dans les cent, le legs doit sortir son effet pour la moitié du fonds, à la charge que la moitié de la somme sera payée à Januarius.

54. Pothier (nº 215), appliquant le principe que les conditions doivent être accomplies *indivisibiliter*, et non par parties, dit que, si j'ai fait avec Paul une transaction par laquelle je lui ai abandonné mes droits et prétentions sur un certain immeuble, *à condition qu'il me payerait* 10,000 *fr. dans un certain temps,* et que Paul soit venu à mourir, laissant plusieurs héritiers, avant d'avoir payé la somme, chacun d'eux ne pourra exécuter la condition pour sa part héréditaire, et demander le maintien ou l'exécution de la transaction pour cette part ; qu'ils devront se concerter et payer les 10,000 fr. en même temps.

Il se fonde sur ce que, dans l'intention des parties, la condition, quoique ayant pour objet une chose divisible, devait néanmoins s'exécuter d'une manière indivisible, de même que souvent une obligation de choses divisibles doit, d'après l'intention des contractants, s'exécuter comme si l'obligation était indivisible. (Articles 1218 et 1221) (4).

Nous souscrivons à cette décision pour les cas où l'intention des parties à cet égard ne sera pas douteuse ; mais nous ne voyons pas pourquoi on le déciderait ainsi d'une manière générale plutôt dans une transaction que dans une vente ou dans tout autre contrat. Il nous semble que Pothier a trop généralisé sa décision ; il a d'ailleurs pris comme exemple d'une condition ce qui n'est que l'exemple d'un prix ou d'une charge, chose bien différente, puisque la condition, en principe, doit être accomplie *in forma speciali et indivisibiliter*, tandis qu'une charge ou un prix s'acquitte fort bien, en général, *per æquipollens et divisibiliter.*

Qu'on assimile l'abandon des droits et prétentions de la partie sur l'immeuble en question à une vente proprement dite de cet immeuble ; or, de ce que l'un des héritiers de l'acheteur ne payerait pas sa part dans le prix, serait-ce une raison suffisante pour que le vendeur pût, en vertu de l'art. 1654, demander la résiliation du contrat contre les autres héritiers qui auraient satisfait ou qui offriraient de satisfaire à leur obligation à cet égard? Nous ne le croyons assurément pas. Peu importe que, dans le cas de vente à réméré, si

(1) L. 56, ff. *de Condit. et demonst.*

(2) L. 44, § 8, L. 54, § 1, ff. *de Condit. et demonst.*

(3) L. 54, § 1, précitée.

(4) Code de Hollande, art. 1333 et 1336.

le vendeur laisse plusieurs héritiers, ceux-ci doivent, si l'acheteur l'exige, se concerter pour retirer le tout, sinon il est renvoyé de la demande (art. 1669 et 1670 combinés); car le cas est bien différent : dans celui-ci, l'acheteur a acheté une chose en totalité, et par conséquent son contrat ne doit pas être scindé dans ses effets. Mais on ne dit rien de semblable dans le cas du vendeur qui n'est point payé par l'un des héritiers, quand il l'est par les autres : ceux-ci ne doivent point souffrir du fait de leur cohéritier. Dans ce système, un trop grand nombre de contrats seraient exposés à être résiliés. Vainement dirait-on que le vendeur, en faisant résilier seulement le contrat pour partie, se trouvera ainsi en communauté, contre sa volonté, et qu'on ne peut pas le contraindre à prendre ce parti (1); on répondrait qu'on ne l'y force pas, puisqu'il peut faire vendre la part de ceux qui ne le payent point.

55. Suivant Dumoulin (2), si le juge a accordé un terme de grâce à plusieurs héritiers d'un débiteur, à la charge ou sous la condition de donner caution, ceux qui ont satisfait à la condition ne jouiront pas de ce terme, si, parmi les héritiers, il s'en trouve qui ne l'aient point accomplie. La raison sur laquelle se fonde cet auteur est que le créancier, dans l'espèce, est la partie la plus favorable, puisque c'est lui qui souffre d'un terme qui n'avait point été convenu avec le débiteur.

Mais il pense que si quelques-uns des héritiers, au lieu de donner caution pour leur part, l'ont payée, les autres doivent jouir du terme accordé, en offrant caution, attendu qu'alors tout est garanti.

Et nous ajouterons que, si ceux qui ont donné caution pour eux veulent aussi la donner pour leurs cohéritiers, qui ne veulent ou ne peuvent en offrir une, ils doivent aussi jouir du terme accordé, parce que, dans ce cas, comme dans le précédent, toute la créance se trouve pareillement garantie, et que la condition doit être considérée comme remplie dans toute sa plénitude.

56. C'est un principe invariable, que celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver; comme, en sens inverse, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. (Art. 1315) (3). Par conséquent, le créancier sous une condition suspensive doit justifier l'accomplissement de la condition, puisque c'est l'événement de cette condition qui le rend réellement créancier. *Vice versa*, celui qui prétend qu'une condition résolutoire s'est opérée en sa faveur, est pareillement tenu d'en justifier, parce qu'il est aussi demandeur quant à cet objet.

57. Les conditions sont *positives* ou *négatives*, c'est-à-dire conçues en vue du cas où tel événement arrivera, ou n'arrivera pas.

Lorsque la condition est positive et avec détermination d'un temps dans lequel l'événement doit arriver, elle est accomplie si l'événement est arrivé dans le temps fixé, et aussitôt qu'il est arrivé (art. 1176) (4); et la condition est défaillie dès que le temps s'est écoulé sans que l'événement soit arrivé (*ibid.*), ou même auparavant, si l'événement ne peut plus arriver; par exemple, s'il s'agit du retour d'un navire en France dans l'année, et que ce navire ait fait naufrage avant la fin de l'année, la condition est certainement défaillie.

S'il n'y a pas de temps fixé, la condition peut toujours être accomplie tant que l'événement peut arriver (*ibid.*); et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas. (*Ibid.*)

Lorsque la condition est négative et avec détermination d'un temps pendant lequel l'événement ne doit pas arriver, elle est accomplie par l'expiration de ce temps sans que l'événement soit arrivé (article 1177) (5), ou même avant l'expiration du temps, s'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas; et elle est défaillie lorsque l'événement est arrivé dans le temps fixé.

S'il n'y a pas de temps déterminé, la condition n'est réputée accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas (*ibid.*); et elle est défaillie lorsque l'événement est arrivé, quelle que soit l'époque où il a eu lieu.

(1) *Voyez* la loi *Si non sortem*, 26, §§ 13 et 14, ff. *de Condict. indeb.*

(2) *Tractat. de dividuis et individ.*, § 3, nos 534 *et sequent.*

(3) Code de Hollande, art. 1902.

(4) Ibid., art. 1294.

(5) Ibid., art. 1295.

58. Ainsi, la *caution mutienne* (1) n'a pas lieu dans les contrats, quand bien même la condition serait de nature à ne pouvoir se vérifier qu'au moment de la mort du créancier; celui-ci ne serait pas admis à demander l'exécution de l'obligation en offrant caution qu'il ne fera pas la chose : par exemple, *s'il ne va pas à Rome*, sans détermination de temps, la condition ne sera vérifiée et accomplie qu'à sa mort. C'est comme s'il avait stipulé pour ses héritiers. Son droit passant à ceux-ci, le motif qui a fait établir cette caution n'existe pas comme dans les testaments, où le droit n'est transmissible qu'autant que la condition dont il dépendait s'est accomplie du vivant du légataire, et où celui-ci n'en aurait pas joui s'il n'eût été admis à demander le legs, en offrant cette caution.

59. Dès que la condition est accomplie, l'exécution de l'obligation peut être poursuivie, à moins qu'il n'y ait aussi un temps qui ne se trouverait pas encore échu. Et il y aurait tout à la fois terme et condition s'il était dit : *Si tel navire ne revient pas en France dans les cinq ans à partir de ce jour,* ALORS *je vous payerai 1,000 fr.* La particule *alors* ferait terme, en sorte que lors même qu'avant les cinq ans il serait devenu certain que le navire a péri, et par conséquent que la condition est accomplie, la somme ne pourrait être demandée qu'à l'expiration des cinq ans. Nous reviendrons sur ce point.

60. La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement (art. 1178) (2) : *Quicumque sub. conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligatur.* L. 85, § 7, ff. *de Verb. oblig.*

La loi 161, ff. *de Regul. juris* en fait une règle pour les institutions d'héritier et les legs, à l'imitation des stipulations ; et les lois 24 et 81, § 1, ff. *de Condit. et demonst.* contiennent le même principe.

Il s'applique aux conditions résolutoires comme aux conditions suspensives.

Les lois romaines donnaient pour exemple le cas où un legs ayant été fait à quelqu'un sous la condition de payer une certaine somme à l'héritier dans un certain temps, l'héritier n'avait pas voulu la recevoir (3); le cas aussi où la liberté ayant été léguée à un esclave sous la condition d'aller en telle ville, l'héritier n'avait pas voulu lui permettre de faire ce voyage (4).

Par la même raison, si j'ai stipulé de vous telle chose sous la condition que je vous compterais telle somme dans un certain temps, sinon que la stipulation serait réputée non avenue, la condition ne sera point censée défaillie si vous refusez la somme que j'ai promise, et que je vous offre entière.

61. Mais lorsque celui qui est obligé sous une condition n'a fait qu'user de son droit, quoiqu'il ait par là empêché qu'elle ne se réalisât, elle n'est cependant pas pour cela réputée accomplie. Ainsi, dit le jurisconsulte Paul, dans la loi 38, ff. *de Statuliberis* : *Non omne ab hæredis persona interveniens impedimentum, statulibero pro expleta conditione cedit, sed id duntaxat quod impediendæ libertatis factum est.* De là, si la liberté a été léguée à un esclave sous la condition qu'il compterait dix à l'héritier, celui-ci, en l'empêchant d'aller travailler chez autrui pour gagner de quoi payer la somme, n'est pas censé pour cela avoir fait manquer la condition, attendu qu'il n'a fait qu'user de son droit en exigeant pour lui tout le travail de l'esclave.

Vous trouvez des exemples analogues dans la loi suivante, et dans la loi 41, § 1, ff. *de Fideicommis. libert.*

62. Lorsque c'est un tiers par le concours duquel la condition devait être accomplie qui n'a pas voulu se prêter à son accomplissement, alors il faut distinguer si, dans la pensée des contractants ou du disposant, elle était simplement potestative de la part du créancier, légataire ou donataire, ou bien si elle était d'une nature mixte, renfermant ainsi en soi quelque chose de casuel

(1) *Voyez* ce qui a été dit sur cette caution, au tome IX, nº 297, relativement aux testaments, où elle a lieu également dans le droit français.

(2) Code de Hollande, art. 1296.

(3) L. 39, ff. *de Regul. juris.*

(4) L. 3, § 3, *de Statuliberis*. *Voyez* aussi des exemples de cas où la condition est réputée accomplie, par cela seul que c'est le débiteur qui en a empêché l'accomplissement, dans les lois 13, ff. *de Annuis legatis*; et 3, §§ 4 et 16, ff. *de Statuliberis*.

qui devait se réaliser pour que l'acte eût son effet.

Dans le premier cas, on doit, en général, regarder la condition comme accomplie lorsqu'elle a manqué seulement par le refus du tiers de concourir à son accomplissement; mais lorsqu'elle était d'une nature mixte, on doit la regarder comme ayant défailli.

On peut donner pour exemple d'un cas où elle était simplement potestative, celui où un legs a été fait à quelqu'un sous la condition ou à la charge de compter 100 francs à Paul, et que Paul ne veut pas les recevoir (1).

Tel serait aussi le cas où un legs serait fait à quelqu'un sous la condition ou à la charge d'élever une statue à certain personnage dans telle ville, et que l'autorité publique n'y voudrait pas consentir (2).

Par analogie de motifs, la condition serait aussi réputée accomplie lorsqu'un legs ayant été fait à quelqu'un sous la condition de donner une certaine chose à l'héritier, cette chose serait venue à périr sans la faute du légataire et avant qu'il fût en demeure de la délivrer (3), car dans ce cas aussi le légataire ne serait point en faute.

Enfin on peut encore donner pour exemple le cas où un legs a été fait à quelqu'un, *s'il épouse Élisabeth,* et qu'Élisabeth refuse de l'épouser (4).

65. Mais dans cette espèce, les lois romaines distinguaient soigneusement entre le cas où le mariage avait manqué seulement par le refus du tiers ou par suite d'une impossibilité légale, et le cas où il avait manqué par la mort soit du légataire, soit du tiers. Dans la première hypothèse, la condition était réputée accomplie (5), ou remise comme impossible; dans la seconde, la disposition était caduque, comme faite sous une condition qui avait défailli (6). Dans le premier cas, la condition n'ayant manqué que par le refus du tiers, le légataire qui avait fait son possible pour obéir à la volonté du testateur ne devait pas souffrir de ce refus; dans le second cas, l'événement prévu ne s'était pas réalisé, n'importe quelle en était la cause. En d'autres termes, dans le premier cas, on considérait la condition comme potestative, *promiscua*, et dans ces sortes de conditions l'on s'attachait, en général, à l'obéissance qu'avait montrée l'héritier institué ou le légataire, pour la volonté du testateur; au lieu que dans le second cas, l'on envisageait la condition comme étant d'une nature mixte, par conséquent comme renfermant en soi quelque chose de casuel, dont dépendait la disposition.

Suivant le Code, toute donation par acte entre-vifs faite en faveur du mariage est caduque si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088) (7); ce qui veut dire que toute donation faite en faveur du mariage aura lieu; d'où il suit que, quelle que soit la cause qui en empêche la conclusion, la donation est caduque et demeure sans effet, quand bien même le donataire épouserait de suite une autre personne que celle que le donateur avait en vue en faisant la donation (8). Et Pothier (n° 214), en décidant comme nous que le défaut d'accomplissement d'une condition mixte empêche l'acte de sortir son effet, dit : « Si quel-« qu'un m'a promis une certaine somme si j'épou-« sais sa cousine, je ne pense pas que la somme « me fût due si j'étais prêt à l'épouser, et qu'elle « refusât; quoique si l'on m'eût fait un legs sous « une telle condition, la condition passât pour « accomplie. L. 31, ff. *de Cond. et demonst.* »

Mais dans ce cas, d'un legs fait sous la condition d'épouser telle personne (9), la disposition serait-elle nulle, comme en droit romain, si la condition manquait par toute autre cause que le refus du tiers de consentir au mariage? Nous pensons qu'il y aurait à prendre en considération l'intention du disposant, et, pour l'apprécier, les termes de l'acte seraient d'un grand poids. S'il était dit par exemple, *à la charge d'épouser un tel* (ou une telle), la condition, selon nous, quelle que fût la cause qui empêchât le mariage, pourvu

(1) L. 3, ff. *de Condit. institutionum.*

(2) L. 14, ff. *de Condit. et demonst.*

(3) L. 54, § 2, ff. *de Legat.* 2°.

(4) L. 31, ff. *de Condit. et demonst.* Pothier, n° 214.

(5) *Dicta lege* 31.

(6) *Dicta lege* 31, et L. 4, Cod. *de Insertis condict. tam legat. quam fideicomm.*

(7) Code de Hollande, art. 209 et 231.

(8) *Voyez* tome IX, n° 667.

(9) Condition très-licite d'après le Code, quoiqu'on eût pu la regarder, sous l'empire de la loi des 5—12 septembre 1792, comme *contraire à la liberté de se marier avec telle ou telle personne*, et en conséquence comme étant réputée non écrite dans les dispositions testamentaires, et même dans les donations entre-vifs, hormis celles faites en faveur d'un mariage arrêté. *Voyez* tome VIII, nos 105, 124, et autres de la même section.

que ce ne fût pas le défaut de volonté de la part du légataire, serait censée accomplie, ou bien regardée comme impossible, et en conséquence réputée non écrite d'après l'art. 900. Il en devrait être de même si le testament portait, *à condition d'épouser un tel* (ou une telle); car ces mots, *à condition d'épouser un tel*, sont synonymes de ceux, *à la charge d'épouser un tel.*

Mais si la clause était ainsi conçue: *dans le cas seulement où il contracterait mariage avec Élisabeth,* ou même simplement, *en faveur du mariage qu'il contractera avec Élisabeth*, nous pensons que le mariage serait la condition *sine qua non* de la disposition, et, d'après cela, que la libéralité n'aurait effet qu'autant qu'il serait réellement contracté; qu'il n'y aurait pas lieu de réputer non écrite la condition comme impossible, quoique l'une des deux personnes vînt à mourir de suite, ou qu'Élisabeth ne voulût pas consentir au mariage. Cela serait vrai surtout si la personne désignée était un des proches du donateur ou testateur, sa fille ou sa nièce, parce que tout porterait alors à croire que le mariage de cette personne a été la *cause* déterminante de la libéralité.

64. Toutefois cette règle, que, dans les dispositions de dernière volonté, les conditions potestatives sont, en général, réputées accomplies lorsqu'il n'a pas tenu à celui à qui le défunt a laissé quelque chose sous une conditiou de cette nature, qu'elle ne fût exécutée, cette règle, disons-nous, ne doit pas, selon Pothier (nº 213), s'appliquer aux conditions d'engagements contractés par des actes entre-vifs, parce qu'il n'y a pas même raison, les dernières volontés étant plus susceptibles d'une interprétation favorable, et par cela même plus étendue.

Ainsi, suivant cet auteur, si quelqu'un s'est obligé envers moi sous la condition que j'affranchirais, dans le courant de l'année, un certain nègre de mon habitation dans les colonies, et que ce nègre soit venu à mourir, même avant l'expiration de l'année, je ne puis réclamer la somme, attendu que la condition ne s'est pas accomplie, et que, dans les contrats, l'interprétation, lorsqu'il y a doute, doit être faite contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui s'est obligé. (Art. 1162) (1). C'est sa faute de ne s'être pas mieux expliqué.

On peut dire aussi que, si l'obligation n'a pas d'autre cause que celle-là, elle se trouve avoir été contractée pour une cause qui a manqué son effet; or, suivant la loi 5, *princip.*, ff. *de Condict. caus. data*, etc., si j'ai compté une somme à quelqu'un pour qu'il fît un voyage pour moi, par exemple, pour qu'il allât me représenter dans une faillite ouverte en telle ville, et qu'il ait été empêché de faire ce voyage à cause d'une maladie, je puis répéter ce que je lui ai compté; à plus forte raison puis-je me dispenser de payer la somme. Et d'après le paragraphe dernier de la même loi, si j'ai compté à quelqu'un une somme pour qu'il affranchît un certain esclave qui lui appartenait, et que cet esclave soit venu à mourir avant d'être affranchi, je puis, en principe, répéter ce que j'ai compté, parce que la cause pour laquelle je l'ai payé a manqué son effet.

65. Neanmoins, nous croyons que, dans les donations entre-vifs, la condition dont il s'agit serait réputée accomplie, comme elle l'est dans les testaments; car la mort du nègre, survenue depuis la donation, et avant que le donataire fût en demeure de faire la chose, doit être assimilée à l'impossibilité qui aurait déjà existé au moment de l'acte; or, d'après l'art. 900, la condition impossible est aussi bien réputée non écrite dans les donations que dans les testaments. Ce cas et autres semblables diffèrent en effet de celui où la condition est le mariage du donataire avec telle personne: dans celui-ci, le mariage est la *cause* déterminante de la donation; au lieu que, dans les autres, la condition est plutôt une simple charge. Au surplus, les termes de la clause pourraient y faire voir une condition absolue, *sine qua non*, et alors il faudrait que cette condition fût accomplie pour que la donation sortît son effet.

66. Dans les contrats, la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté; en conséquence, si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers (2). (Art. 1179.)

(1) Code de Hollande, art. 1383.

(2) *Voyez* le § 4, Instit. *de Ver. oblig.*, et la L. 8, *princip.*

La raison en est que nous contractons pour nos héritiers comme pour nous-mêmes, à moins que le contraire ne soit exprimé dans l'acte, ou ne résulte de la nature de la convention (art. 1122) (1); or ce but ne serait pas atteint si la mort de celui qui a stipulé sous une condition faisait évanouir le droit, ou, si l'on veut, l'espérance résultant du contrat.

Au lieu que dans les dispositions de dernière volonté, comme le disposant n'a pris en considération que la personne qu'il a instituée ou à laquelle il a légué, et nullement les héritiers présomptifs de cette personne, que souvent il ne connaît même pas, et cependant qu'il n'a voulu la gratifier que sous une condition, il s'ensuit que si elle meurt avant que cette condition se soit effectivement accomplie, la disposition devient caduque (art. 1040) (2); car le droit n'ayant jamais résidé dans sa main, il n'a pu être transmis à ses héritiers; il n'y a eu qu'une espérance, et cette espérance ne s'est pas réalisée. Mais nous stipulons pour nos héritiers cette même espérance.

67. Du principe que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été formé (3), il résulte que s'il s'agit d'une condition suspensive, le droit du créancier sera considéré comme plein et parfait à partir du moment du contrat; et s'il s'agit d'une condition résolutoire, ce droit sera censé n'avoir jamais existé. (Art. 1183.)

Ainsi, Paul m'a consenti une obligation sous une condition suspensive, avec hypothèque, pour laquelle j'ai pris de suite inscription; postérieurement, mais avant l'accomplissement de la condition, il a consenti des hypothèques sur les mêmes biens au profit d'autres créanciers, et la condition est ensuite venue à s'accomplir : j'aurai la priorité sur ceux-ci, parce que, bien qu'il ne puisse y avoir d'hypothèque sans une obligation principale, et qu'au moment où j'ai pris inscription ma créance n'existait pas encore à proprement parler, que ce ne fût encore qu'une simple espérance, néanmoins la rétroactivité de l'effet de la condition accomplie fait supposer que je suis créancier depuis le moment du contrat (4).

Il en est de même si, lorsque Paul m'a vendu ou légué un immeuble sous une condition suspensive, il a, depuis la vente, ou son héritier depuis sa mort, établi sur cet immeuble des droits d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque : si la condition vient à se réaliser, tous ces droits s'effaceront devant le mien (5).

En sens inverse, si une vente ou une donation a été faite sous une condition résolutoire, toutes les charges que l'acheteur ou le donataire aurait imposées sur les biens vendus ou donnés s'évanouiraient par l'accomplissement de la condition, parce qu'elle remet les choses au même état que s'il n'y avait pas eu de vente ou de donation. (Art. 1183) (6).

L'effet est généralement le même, quoique la condition résolutoire ne soit que tacite. (Articles 954, 963, 2182 et autres.) Mais nous reviendrons sur ce point.

68. Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit. (Art. 1180) (7).

Ainsi, lorsqu'une hypothèque a été consentie pour sûreté d'une obligation conditionnelle, le créancier peut prendre inscription, quoique la condition fût suspensive; et, comme nous l'avons dit, si la condition se réalise, l'hypothèque n'aura pas son rang à partir seulement du jour où cette condition se sera accomplie, elle aura son rang à partir du jour où l'inscription a été prise.

69. Si le débiteur tombe en faillite, comment le créancier sous condition suspensive conserve-t-il ses droits? L'art. 448 du Code de commerce, ni aucun autre, ne prévoit ce cas; il porte simplement que l'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues : c'est égale-

ff. *de Periculo et commodo rei venditæ*. *Voyez* aussi la L. 78, ff. *de Verb. oblig*.

(1) Code de Hollande, art. 1354.

(2) L. 59, ff. *de Condit. et demonst*. *Voyez* tome IX, nos 284 et suivants, où la raison de cette différence a déjà été expliquée.

(3) *Voyez* quant à ce point, ce qui a été dit au tome IX, nos 310 et suivants, surtout pour savoir si dans les legs la condition accomplie a pareillement un effet rétroactif, et en quel sens.

(4) L. 11, § 1, ff. *Qui potiores in pignore*.

(5) L. 12, § 2, ff. *Familiæ erciscundæ*.

(6) Code de Hollande, art. 1301.

(7) Ibid., art. 1398.

ment ce que décide l'art. 1188 (1) du Code civil; et le premier de ces articles ajoute que, à l'égard des effets de commerce par lesquels le failli se trouve être l'un des obligés, les autres obligés ne sont tenus que de donner caution pour le payement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement.

Mais, comme on le voit, cette disposition n'est relative qu'aux *dettes non échues;* or les obligations conditionnelles ne sont point à proprement parler des dettes, ce sont plutôt de simples espérances de dettes, *tantum spes debitum iri* (2).

Le créancier conditionnel doit-il être admis à la distribution, en offrant caution de rapporter aux autres, au cas où la condition ne se réaliserait pas? ou bien ceux-ci peuvent-ils l'écarter, en lui offrant caution que, dans le cas où la condition s'accomplirait, ils lui feront raison de ce qu'il aurait dû toucher dans le dividende commun si sa créance eût été pure et simple? ou bien enfin doit-on mettre en dépôt cette somme? Car il est clair qu'il ne peut pas être écarté ni admis purement et simplement. Le premier parti doit être rejeté, comme peu conforme à la nature des obligations simplement conditionnelles; et quant aux deux autres partis, nous pensons que, en cas de contestation, il y aurait à considérer l'espèce de condition qui a été apposée. Si elle était de nature à devoir s'accomplir ou à manquer dans un temps qui ne serait pas très-long, le dépôt devrait être ordonné; dans le cas contraire, les autres créanciers devraient plutôt être admis à fournir caution de rapporter.

Les décisions doivent être les mêmes dans le cas où le débiteur non commerçant tombe en déconfiture; l'état de déconfiture est, sinon dans tous les cas, du moins généralement, assimilé à celui du commerçant failli. Nous verrons, sur l'article 1188, que les auteurs du Code ont eu l'intention de faire cette assimilation en ce qui concerne l'exigibilité des dettes non échues. Or la raison est absolument la même en ce qui touche les dettes conditionnelles. Il ne serait pas juste, en effet, que le créancier qui a un droit fût écarté purement et simplement de la distribution du produit des biens du débiteur tombé en déconfiture, puisque la condition peut s'accomplir, et qu'une fois accomplie elle a un effet rétroactif, ce qui démontrerait pleinement alors qu'il devait être admis à participer à la distribution comme les autres.

70. Mais il ne suit pas de ce que nous venons de dire, ni du principe que le créancier conditionnel peut faire tous les actes conservatoires de son droit avant que la condition soit accomplie, qu'il puisse faire indistinctement des saisies-arrêts ou oppositions entre les mains des débiteurs de l'obligé; car, de cette manière, il empêcherait son débiteur éventuel seulement d'user de ses droits. Ces saisies pourraient se trouver sans fondement, puisque la condition peut fort bien venir à manquer, et elles auraient causé un grave préjudice à l'obligé. A plus forte raison ne pourrait-il, tant que la condition ne serait pas accomplie, faire des saisies-exécutions, puisque, d'après l'art. 551 du Code de procédure, il ne peut être procédé à aucune saisie mobilière ou immobilière, qu'en vertu d'un titre exécutoire et pour choses *liquides et certaines*; or une dette conditionnelle n'est rien moins que certaine.

A cet égard nous pensons qu'une première saisie-arrêt ou opposition entre les mains d'un tiers débiteur de l'obligé qui n'est point tombé en faillite, ou dont la déconfiture n'est pas constante, ne doit pas être permise au créancier sous condition suspensive, quand bien même la solvabilité de l'obligé présenterait alors quelque doute. Mais s'il y a déjà d'autres saisies ou oppositions faites à la requête d'autres créanciers, ou des saisies mobilières ou immobilières, et que la solvabilité du débiteur soit douteuse, non-seulement ces autres créanciers ne peuvent écarter purement et simplement de la distribution le créancier conditionnel, mais encore le débiteur lui-même ne peut pas obtenir purement et simplement la mainlevée de l'opposition formée par celui-ci; car il ne serait pas juste, dès que sa solvabilité est incertaine, que le produit de ses biens fût distribué entre les autres créanciers saisissants ou opposants, à l'exclusion du créancier conditionnel. Puisqu'il y a des saisies, n'importe de quelle espèce, et que d'ailleurs la sol-

(1) Code de Hollande, art. 1307.

(2) § 4, Instit. *de Verb. oblig.*

vabilité n'est pas démontrée, que rien ne prouve que ces saisies sont l'effet d'une circonstance particulière dans laquelle se trouve placé le débiteur, il en résulte présomption d'insolvabilité ou de déconfiture, et alors s'applique ce qui vient d'être dit sur ce cas.

71. Comme la condition suspensive fait qu'il n'y a pas encore à proprement parler de dette tant qu'elle n'est pas accomplie, et par conséquent que le créancier ne peut agir contre le débiteur, il s'ensuit que la prescription ne peut commencer son cours entre eux et leurs héritiers que du moment de l'accomplissement de la condition. (Art. 2257) (1).

Mais, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois (2), la prescription peut courir au profit des tiers détenteurs des biens sur lesquels porte le droit conditionnel, quoique la condition ne soit point encore accomplie; car le créancier peut faire *tous* les actes conservatoires de son droit, par conséquent interrompre la prescription. D'ailleurs, la loi permet aux tiers détenteurs d'acquérir la propriété des biens par ce moyen, sans distinguer, quant à celui à qui elle est opposée, entre ceux qui n'auraient sur ces biens qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble en certains cas, et ceux qui y ont un droit de propriété pur et simple (art. 2262 et 2265) (3). Nous ne reproduirons pas ici les raisons que nous avons exposées sur ce point pour prouver que l'art. 2257 n'est applicable qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers, et non à l'égard des tiers détenteurs; pour démontrer que cet article statue sur des *créances* conditionnelles, ce qui n'a rapport, par conséquent, qu'aux parties qui ont formé ces créances. On peut recourir à ce qui a été dit à ce sujet à l'endroit précité.

§ II.

De la condition suspensive, et de ses effets.

SOMMAIRE.

72. *Texte de l'art.* 1181.
73. *Inexactitude de sa rédaction.*
74. *Dans les obligations pures, la chose est aux risques du créancier; dans les obligations conditionnelles, elle est aux risques du débiteur pendant que la condition est en suspens.*
75. *Texte de l'art.* 1182.
76. *Observations sur la première disposition de cet article.*
77. *On peut, par une stipulation, mettre la chose aux risques du débiteur pendant que la condition est en suspens.*
78. *La perte de la chose arrivée depuis l'accomplissement de la condition, même avant que l'on ait eu connaissance de l'événement, est supportée par le créancier.*
79. *Si la chose promise sous condition est venue à périr par la faute du débiteur pendant que la condition était en suspens, il en est responsable, au cas où la condition vient à se réaliser.*
80. *Cas où elle s'est simplement détériorée, ou par la faute du débiteur ou sans sa faute. Dérogation apportée aux anciens principes dans la dernière hypothèse, et, selon l'auteur, mal à propos.*
81. *Les mêmes règles sont applicables au contrat d'échange et autres contrats synallagmatiques translatifs de propriété.*
82. *Les fruits perçus pendant que la condition est encore en suspens restent au vendeur ou autre débiteur de la chose.*
83. *Observations relatives à la possession et à la prescription de la chose promise sous une condition suspensive.*

72. Dans le paragraphe précédent, nous avons parlé des conditions en général : nous avons à traiter maintenant de la condition suspensive et de la condition résolutoire en particulier, et de leurs effets.

Nous parlerons d'abord de la condition suspensive.

Suivant l'art. 1181 (4), « l'obligation contrac-
« tée sous une condition suspensive est celle qui
« dépend ou d'un événement futur et incertain,
« ou d'un événement actuellement arrivé, mais
« encore inconnu des parties.
« Dans le premier cas, l'obligation ne peut être
« exécutée qu'après l'événement.
« Dans le second cas, l'obligation a son effet
« du jour où elle a été contractée. »

(1) Code de Hollande, art. 2027.
(2) Au tome VIII, n° 496, et au tome IX, n° 307.
(3) Code de Hollande, art. 2004 et 2000.
(4) Ibid., art. 1299.

Dans le premier cas aussi elle a son effet du jour où elle a été contractée, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été formé (art. 1179) (1) : seulement l'obligation est en *suspens* jusqu'à ce que l'événement soit arrivé, et c'est ce que l'on a voulu dire par ces expressions : « Dans le premier cas, l'obli-« gation ne peut être *exécutée* qu'après l'événe-« ment », employant ainsi mal à propos le mot *exécutée* pour rendre *l'effet suspendu*, comme si c'était une obligation simplement à terme, laquelle diffère essentiellement d'une obligation sous condition. (Art. 1185) (2).

73. Et ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'obligation n'est réellement point conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement qui serait actuellement arrivé quoiqu'il fût inconnu des parties ; car de deux choses l'une : ou l'événement est réellement arrivé, et dans ce cas l'obligation n'est point suspendue dans ses *effets*, il n'y a que *l'exécution* qui en soit retardée, jusqu'à ce que l'on ait acquis la certitude de l'événement ; ou bien l'événement n'est point arrivé, et alors il n'y a pas eu d'obligation de suspendue, puisque par le fait il ne pouvait même y avoir aucune obligation quelconque. D'où nous avons tiré la conséquence que, dans le cas où l'événement serait déjà arrivé au moment du contrat, la perte de la chose promise et les détériorations survenues depuis la convention, par cas fortuit, quoique avant la connaissance de l'événement, ne seraient pas à la charge du débiteur, comme dans le cas de l'obligation véritablement conditionnelle (art. 1182) (3) ; elles seraient, sauf convention contraire, à la charge du créancier, qui n'en devrait pas moins le prix, s'il en avait promis un ; car l'obligation a eu son effet du jour du contrat, par conséquent, dès ce moment, l'objet de la convention a appartenu au créancier, *et res perit domino*. Il n'y a eu de suspendu, dans ce cas, que *l'exécution* de l'obligation, comme dans l'obligation à terme.

74. Ainsi, dans les obligations pures, à terme ou sans terme, la chose, à moins de stipulation contraire, est aux risques du créancier, même en ce sens qu'il doit le prix, s'il en a été stipulé un. (Art. 1138 et 1302 (4) analysés et combinés, § 3, *Instit. de empt. et vend.*) (5). Au lieu que dans les obligations contractées sous une condition suspensive, on suit d'autres règles : si le corps certain qui est l'objet de l'engagement vient à périr pendant que la condition est en suspens, quoique sans la faute du débiteur, la perte est supportée par ce dernier, lors même que la condition vient ensuite à s'accomplir ; et cela nonobstant le principe que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté : car il est nécessaire qu'au moment où la condition s'accomplit il y ait une chose qui puisse être la matière de l'obligation, puisque c'est à cette époque qu'elle se forme réellement. Voici ce que porte à cet égard l'art. 1182 :

75. « Lorsque l'obligation a été contractée sous « une condition suspensive, la chose qui fait la « matière de la convention demeure aux risques « du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que « dans le cas de l'événement de la condition.

« Si la chose est entièrement périe sans la « faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

« Si la chose s'est détériorée sans la faute du « débiteur, le créancier a le choix ou de résou-« dre l'obligation, ou d'exiger la chose dans « l'état où elle se trouve, sans diminution du « prix.

« Si la chose s'est détériorée par la faute du « débiteur, le créancier a le droit de résoudre « l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où « elle se trouve, avec des dommages-intérêts. »

Ces dispositions donnent toutefois lieu à plusieurs observations.

76. D'abord, il n'est pas vrai de dire dans tous les cas d'obligations contractées sous une obligation suspensive, que la chose qui en a fait la matière demeure aux risques du débiteur : cela n'est absolument vrai que dans les contrats synallagmatiques ou unilatéraux à titre onéreux. Ainsi, lorsque je vous ai donné ma maison sous cette condition, *si tel navire rentre en France*

(1) Code de Hollande, art. 1297.
(2) Ibid., art. 1304.
(3) Ibid., art. 1300.

(4) Code de Hollande, art. 1273 et 1480.
(5) *Voyez* tome précédent, n° 422.

dans l'année, et que la maison vient à être incendiée, elle périt bien sans doute pour moi, débiteur, si la condition ne se réalise pas; mais si la condition se réalise, la maison périt réellement pour vous, créancier.

Dans les ventes sous condition suspensive, si la chose vient à périr, même par cas fortuit, pendant que la condition est encore en suspens, alors il est vrai de dire qu'elle périt pour le débiteur qui s'était obligé à la livrer sous cette condition, c'est-à-dire, pour le vendeur (1). Cela ne pouvait être douteux dans l'hypothèse où la condition serait venue à manquer, car alors il n'y aurait pas eu de vente; mais, de plus, c'est un principe certain, quoique la condition soit venue à s'accomplir depuis la perte de la chose, puisqu'à ce moment il n'y a plus rien qui soit la matière de l'obligation, et par conséquent que l'événement de la condition devient une chose indifférente. La condition accomplie, dans ce cas, ne peut pas avoir d'effet rétroactif, parce qu'elle n'en peut avoir qu'autant qu'il y a une obligation; or, dans l'espèce, il n'y en a point, faute d'une chose qui en soit l'objet ou la matière (2). En conséquence, le vendeur ne peut réclamer le prix, ni même le retenir s'il lui avait déja été payé, attendu qu'il le réclamerait ou le retiendrait *sine causa*, ou pour une cause qui a manqué son effet. Et quand l'art. 1182 (3) dit que l'obligation est éteinte, il n'entend pas dire seulement par là que l'obligation de livrer la chose est éteinte, car elle le serait aussi dans le cas où la chose serait venue à périr par cas fortuit depuis l'accomplissement de la condition, comme elle le serait pareillement si elle eût été contractée purement et simplement; il veut dire que le contrat est absolument sans effet. La suite de l'article ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard.

77. Toutefois, s'il était dit dans le contrat que la perte de la chose arrivée par cas fortuit pendant que la condition sera en suspens, concernera le créancier, ou l'acheteur, l'on suivrait la loi du contrat (4); et le vendeur aurait droit au prix si la condition se réalisait. On doit supposer, dans ce cas, que le prix a été fixé en conséquence: les parties l'ont considéré comme l'équivalent du droit de l'acheteur pour le cas où la condition s'accomplirait, soit que la chose existât alors ou non.

Mais si, dans le cas même de cette stipulation, la condition ne se réalisait pas, il est clair que, comme il n'y aurait point de vente, le prix ne serait pas dû, et que s'il avait été payé d'avance, il pourrait être répété. D'où l'on voit que dans l'hypothèse de cette stipulation particulière, et lorsque la chose est venue à périr, *pendente conditione*, il importe beaucoup à l'acheteur que la condition sous laquelle la vente a été faite vienne à manquer.

78. Si, hors le cas même de la condition ci-dessus, la chose a péri depuis l'accomplissement de la condition, alors elle périt pour le créancier, qui n'en est pas moins obligé de payer le prix, s'il en a promis un: on rentre dans la règle générale. Et il importerait peu qu'on sût ou non, au moment de la perte de la chose, si la condition s'est accomplie: *quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint* (5).

79. Si c'est par la faute du débiteur que la chose est venue à périr pendant que la condition était en suspens, et que la condition vienne ensuite à s'accomplir, il est responsable de la perte comme s'il l'eût fait ou laissé périr depuis l'accomplissement de la condition: en conséquence, il doit les dommages-intérêts, suivant ce qui a été dit au tome précédent, en parlant des fautes dont le débiteur est responsable, et des dommages-intérêts.

80. Voilà pour le cas de perte totale de la chose arrivée pendant que la condition était en suspens; voyons maintenant le cas où elle s'est simplement détériorée.

Si c'est par la faute du débiteur, l'art. 1182 donne au créancier le choix de résoudre l'obliga-

(1) L. 8, *princip.* ff. *de Periculo et comm. rei vendit.* L. 4, Cod. *eodem tit.*

(2) *Voyez* Cujas sur cette loi 8, où il établit clairement la même doctrine.

(3) Code de Hollande, art. 1300.

(4) L. 10, ff. *de Periculo et commod. rei vend.*

(5) § 4, Instit. *de Verb. oblig.*

tion, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages-intérêts. Rien de plus raisonnable et de plus conforme aux principes du droit; mais le même article, dans le cas où la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur (et pendant que la condition est en suspens), accorde aussi au créancier le droit de résoudre l'engagement ou de se faire délivrer la chose, toutefois, sans diminution du prix. En donnant ainsi au créancier, par conséquent à l'acheteur (art. 1624) (1), le droit de faire résoudre la vente dans ce cas, le Code civil a dérogé aux anciens principes, et, disons-le, aux véritables principes; car, si la chose eût reçu de l'accroissement, l'acheteur en eût profité : pourquoi donc ne supporte-t-il pas la diminution? Quelle différence devait-il y avoir raisonnablement, quant à ce point, entre le cas de vente sous une condition suspensive qui est venue à s'accomplir, et le cas de vente faite avec un terme pour la délivrance? aucune assurément, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif au jour de l'engagement. Lorsque la chose est venue à périr, *pendente conditione,* on sent très-bien le motif qui a porté le législateur, et dans le droit romain et dans le droit français, à déclarer que l'obligation est éteinte, ou pour mieux dire qu'il n'y a pas eu d'obligation du tout; car il ne peut en exister sans un objet, et au moment où l'accomplissement de la condition viendrait réaliser l'obligation, qui n'était jusqu'alors qu'une simple espérance, cet objet n'existe plus. Mais on ne peut dire la même chose lorsque l'objet de l'obligation existe encore, quoiqu'il soit détérioré, puisqu'une chose détériorée peut encore être l'objet d'une vente : alors la règle *quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda,* demandait que les détériorations survenues par cas fortuit, et avant que le débiteur fût en demeure, fussent supportées par l'acheteur, et par conséquent que celui-ci n'eût pas le droit de résoudre le contrat, et de faire de la sorte supporter ces mêmes détériorations au vendeur. Aussi, dans le droit romain, suivi en ces points dans notre ancienne jurisprudence, l'acheteur ne pouvait-il demander la résiliation du contrat. La loi 8, *princip.* ff. *de Periculo et comm. rei vend.,* qui mérite d'être rapportée ici, le décide positivement ainsi. Le jurisconsulte Paul, auteur de cette loi, dit d'abord qu'il importe de savoir quand la vente est parfaite, parce que l'on sait alors que c'est l'acheteur qui doit supporter les cas fortuits; et c'est ce qui a lieu lorsque l'on sait ce qui a été vendu, ainsi que le prix, et quand la vente en outre est faite purement, et non sous condition (2).

Il poursuit et dit : *Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio* (c'est l'application du droit commun) (3) : *quod si extiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt. Idem Pomponius lib. IX, Probat.* (Ce qui doit être entendu du cas où la chose est venue à périr depuis l'accomplissement de la condition, comme le démontre d'ailleurs ce qui suit.) *Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, hæredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in præteritum* (c'est aussi la disposition de l'art. 1179 du Code). *Quod si pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est repetitur, et fructus medii temporis venditoris sunt* (4). *Sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit :* SANE SI EXTET RES, LICET DETERIOR EFFECTA, POTEST DICI ESSE DAMNUM EMPTORIS.

Ainsi, la détérioration de la chose vendue, survenue *pendente conditione,* concernait l'acheteur, bien loin que celui-ci eût le droit de faire résoudre la vente (5); et le Code civil décide le contraire, sans qu'il y eût cependant des motifs suffisants de s'écarter en ce point des anciens principes. Mais comme la loi doit être entendue dans un sens raisonnable, l'on doit dire que si les détériorations n'étaient que de peu d'importance relativement à la valeur totale des objets du contrat, par exemple, une petite partie de terre

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) L. 7, ff. *de Contrah. empt.*

(3) L. 37, ff. *eodem tit.*

(4) Nous suivons la leçon des *Pandectes florentines;* mais, dit Cujas sur cette loi, dans les autres exemplaires, après ces mots on lit les suivants, qui rendent plus clairement la théorie du jurisconsulte : *Jam si pendente conditione res perierit, perimitur emptio, sicuti stipulatio,* etc.

(5) *Voyez* Cujas sur cette loi, il en explique toutes les dispositions avec sa clarté habituelle.

enlevée à un champ par une crue, l'acheteur n'aurait pas ce droit; il ne devrait même pas avoir celui de demander une diminution du prix, puisqu'il aurait bien profité de l'alluvion, s'il y en avait eu.

81. Tout ce qui précède est applicable aussi aux cas d'échange ou autres contrats synallagmatiques translatifs de propriété; l'art 1707 (1), soumet le contrat d'échange aux règles générales de la vente.

82. Dans les ventes pures et simples, l'acheteur a droit aux fruits de la chose vendue, à partir de la vente (art. 1614) (2), mais, d'un autre côté, il doit les intérêts du prix (art. 1652) (3), le tout, à moins de convention contraire. Dans les ventes ou autres contrats faits sous condition suspensive, comme il n'y a réellement vente qu'à partir de l'accomplissement de la condition, les fruits perçus jusque-là par le vendeur lui demeurent, nonobstant l'effet rétroactif de la condition accomplie : cet effet ne s'étend point aux fruits. La loi romaine ci-dessus citée décide même, comme on vient de le voir, que, quoique l'acheteur eût été mis en possession, il ne gagnerait pas les fruits *medii temporis*.

Cujas, dans son commentaire sur cette loi, décide toutefois, mais néanmoins avec quelque hésitation, que les fruits perçus par le vendeur, même avant l'accomplissement de la condition, appartiennent à l'acheteur, non pas dans le cas où la chose est venue à périr *pendente conditione*, puisqu'alors il n'y a pas de vente, mais dans le cas où elle s'est détériorée. Il se fonde sur ce qu'il est juste que les produits appartiennent à l'acheteur, attendu que les détériorations le concernent; et il cite à l'appui de sa décision la loi 13, Cod. *de Act. empti et venditi*.

Mais, d'une part, cette loi ne statue pas sur le cas d'une vente faite sous une condition; rien ne l'indique du moins; elle porte simplement : *Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quem et fonctionum gravamen pertinet. Venditor quoque pretium tantum, ac si mora intercessisse probetur, usuras officio judicis exigere potest;* et l'on convient bien que, dans les ventes pures et simples, les fruits appartiennent à l'acheteur du jour de la vente parfaite; c'est la disposition formelle de l'art. 1614 précité. Mais la vente faite sous une condition suspensive n'est pas *jure perfecta* tant que la condition n'est pas accomplie; peu importe que la condition accomplie ait un effet rétroactif; car pour les fruits, c'est celui qui avait qualité pour les percevoir qui doit les faire siens : or, jusqu'à l'événement de la condition, c'était le vendeur, puisque jusque-là il n'y avait encore point de vente parfaite. D'ailleurs, si les détériorations, dans le droit romain, concernaient l'acheteur, la perte totale concernait le vendeur.

En second lieu, le Code civil mettant réellement les détériorations survenues par cas fortuit à la charge du vendeur, en donnant à l'acheteur le droit de résoudre le contrat, le motif qui déterminait Cujas à attribuer à ce dernier les fruits perçus *pendente conditione*, veut précisément qu'ils appartiennent aujourd'hui au vendeur, lequel n'aura droit aux intérêts du prix qu'à partir de l'accomplissement de la condition, moment où commencera pour l'acheteur l'acquisition des fruits; le tout sauf stipulation contraire.

83. Dans le cas où la chose vendue, donnée ou léguée sous une condition suspensive, appartiendrait à un tiers, le vendeur, le donateur ou l'héritier grevé du legs continue de prescrire pendant que la condition est en suspens, si toutefois la loi ne fait pas obstacle à la prescription, à raison de la qualité de leur possession, ou pour autre cause. Mais après l'accomplissement de la condition, l'acheteur, le donataire ou le légataire peut joindre à sa possession celle de son auteur, dans le cas où celle de ce dernier n'aurait pas suffi pour compléter la prescription (art. 2235) (4), et en admettant qu'elle fût d'ailleurs propre à l'effet de prescrire.

Et si, par des raisons particulières, l'acheteur ou le donataire sous condition suspensive avait été mis en possession du fonds appartenant à un tiers, avant l'accomplissement de la condition, ce que suppose la loi 8, ff. *de Periculo et commodo*

(1) Code de Hollande, art. 1582.
(2) Ibid., art. 1517.
(3) Code de Hollande, art. 1551.
(4) Ibid., 1995.

rei venditæ, il ne prescrirait point au titre *pro emptore* tant que la condition ne serait pas accomplie, *quia nondum est vera venditio* (1). En conséquence, s'il était attaqué *pendente conditione,* il ne pourrait opposer la prescription de dix et vingt ans, qui exige un juste titre (article 2265), quoique le temps requis pour cette prescription se fût écoulé depuis sa possession. Mais s'il n'était attaqué qu'après l'accomplissement de la condition, comme la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat, il nous paraît conforme aux principes qu'il pût opposer cette même prescription, s'il avait possédé le temps suffisant à cet effet. Au surplus, *penpente conditione,* il possède pour le vendeur ou le donateur, et si le tiers propriétaire agit en revendication avant l'accomplissement de la condition, cette possession sert à ces derniers, s'ils peuvent eux-mêmes prescrire, soit par dix et vingt ans, soit par trente seulement; et si le donataire ou l'acheteur est attaqué après l'événement de la condition, alors, dût-on considérer cette même possession comme étant celle du vendeur ou de l'acheteur, et exercée par son ministère, on ne pourrait lui contester le droit de l'invoquer, conformément à l'art. 2235, en admettant toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, que son auteur eût qualité pour prescrire.

§ III.

De la condition résolutoire, et de ses effets.

SOMMAIRE.

84. *L'effet de la condition résolutoire est de remettre les choses au même état qu'avant le contrat : texte de l'art.* 1183.
85. *Lorsque la condition résolutoire est expresse, et qu'elle se réalise, le contrat est anéanti de plein droit : conséquences.*
86. *Ce qu'on doit décider quant aux frais et loyaux coûts du contrat.*
87. *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les conventions synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement.*
88. *Dans ce cas, la résolution doit être demandée en justice.*
89. *Cela n'est pas de rigueur lorsque la loi elle-même a prévu un cas qui donne lieu à cette résolution, et qui s'est réalisé.*
90. *De la résolution dans les donations et dans les ventes pour inexécution des engagements de l'une des parties.*
91. *Pour qui périt la chose aliénée sous condition résolutoire, lorsqu'elle périt* pendente conditione.
92. *Toute adjudication préparatoire est censée faite sous condition suspensive; l'adjudication définitive, dans le cas d'expropriation forcée, est censée faite sous condition résolutoire, à raison de la faculté, pour les tiers, de surenchérir du quart dans la huitaine. La surenchère hypothécaire est une offre d'acheter faite sous condition suspensive.*
93. *Un contrat peut être fait tout à la fois sous une condition suspensive et sous une condition résolutoire : conséquences.*
94. *Observations quant aux fruits perçus en vertu d'un contrat anéanti par suite d'une condition résolutoire expresse ou sous-entendue, ou prévue par la loi.*
95. *Effets de la résolution vis-à-vis des tiers.*

84. A la différence de la condition suspensive, qui suspend l'effet de l'obligation, la condition résolutoire en opère seulement la révocation, si elle se réalise; elle ne suspend pas non plus par elle-même l'exécution de l'obligation; ce serait un terme, convenu expressément ou tacitement, qui suspendrait cette exécution.

« La condition résolutoire, porte l'art. 1183 (2),
« est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère
« la révocation de l'obligation, et qui remet les
« choses au même état que si l'obligation n'avait
« pas existé.

« Elle ne suspend point l'exécution de l'obliga-
« tion; elle oblige seulement le créancier à res-
« tituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événe-
« ment prévu par la condition arrive. »

85. S'il s'agit d'une vente, d'un échange, d'une donation, ou de tout autre contrat quelconque, fait sous la condition, par exemple, *que le contrat sera résolu si tel vaisseau revient en France dans l'année,* et qu'effectivement le navire soit revenu en France dans le délai fixé, le contrat

(1) *Dicta lege* 8, ff. *de Pericul. et comm.* L. 4, ff. *de in diem Addict.* L. 2, § 2, ff. *pro Emptore.* Cujas, sur cette loi 8.

(2) Code de Hollande, art. 1301.

est anéanti de plein droit; en conséquence les choses doivent être restituées et le prix, s'il en a été payé un, doit être remboursé.

86. Quant aux frais et loyaux coûts du contrat, ils restent à la charge de celui qui a dû les supporter, d'après la nature de l'acte, à moins de convention contraire. Néanmoins, dans le cas de la vente avec faculté de rachat, vente faite par cela même sous une condition résolutoire potestative de la part du vendeur, celui-ci, s'il exerce le rachat, doit rembourser à l'acheteur ces frais et loyaux coûts (art. 1673) (1). Mais nous ne voyons pas que la loi établisse la même chose dans le cas de donations révoquées même par survenance d'enfants (ce qui est une condition résolutoire tacite et légale). Par la même raison, dans les cas de condition résolutoire expresse, casuelle ou mixte, n'y a-t-il pas lieu au remboursement de ces frais, puisque la partie qui rentre dans la propriété de sa chose n'en profite pas, et que ce n'est point, comme dans le cas de réméré, par l'effet de sa seule volonté que le contrat est résolu, mais bien par l'effet d'une clause spéciale, dont l'autre partie a dû peser par devers elle toutes les conséquences. Aussi, dans le cas de résolution par suite d'inexécution des engagements de l'une des parties, cette partie doit-elle rendre l'autre parfaitement indemne de tous ses déboursés, devenus de la sorte inutiles pour elle.

87. Nous verrons tout à l'heure ce qu'on doit décider quant aux fruits perçus avant la résolution du contrat, soit que la condition résolutoire fût expresse, soit qu'elle fût seulement sous-entendue, c'est-à-dire pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à ses engagements, condition dont l'effet est réglé par l'art. 1184 (2), ainsi conçu :

« La condition résolutoire est toujours sous-
« entendue dans les contrats synallagmatiques,
« pour le cas où l'une des deux parties ne satis-
« fera point à son engagement.

« Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de
« plein droit : la partie envers laquelle l'enga-
« gement n'a point été exécuté, a le choix, ou
« de forcer l'autre à l'exécution de la conven-
« tion, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander
« la résolution avec dommages et intérêts.

« La résolution doit être demandée en justice,
« et il peut être accordé au défendeur un délai
« selon les circonstances. »

88. Ainsi, quant à la manière dont s'opère la résolution, le Code distingue bien entre les cas où la condition résolutoire est expresse, et le cas où elle est seulement sous-entendue par les parties. Dans la première hypothèse, le contrat est résolu de plein droit; dans la seconde, la résolution doit être demandée en justice. Mais, en général, dans l'un et dans l'autre cas, les effets principaux attachés à la résolution seront les mêmes : les actes faits sur les biens au profit des tiers, par la partie contre laquelle la résolution a lieu, s'effaceront par l'effet même de cette résolution, attendu que cette partie n'a pu transmettre à d'autres plus de droits qu'elle n'en avait elle-même.

89. Il importe toutefois de remarquer que, lorsque la loi elle-même, par une disposition spéciale, a établi la résolution d'un contrat pour une espèce de contravention prévue, la condition résolutoire doit être alors considérée comme si elle avait été formellement stipulée par les parties et écrite par elles dans leur contrat : dans ce cas, ce n'est point l'art. 1184 qui régit la cause, en tant qu'il exige que la résolution soit demandée en justice, l'autre partie peut procéder par voie de commandement et d'exécution, ou de contrainte, si elle a d'ailleurs un titre *paré* ou exécutoire. La cour de Dijon, et ensuite la cour de cassation, par arrêt de rejet (3), ont fait l'application de ce principe de la manière la plus formelle au cas prévu par l'article 1912 (4), pour le remboursement forcé du capital d'une rente, faute du service des arrérages pendant deux années. A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque la loi prononce elle-même la résolution de plein droit, en cas de tel ou tel événement prévu par elle, comme en matière de donation révoquée pour survenance d'enfants. (Art. 960.)

90. Mais lorsque la condition résolutoire ta-

(1) Code de Hollande, art. 1568.
(2) Ibid., art. 1302 et 1303.
(3) *Voyez* dans Sirey, tome XIII, part. I, pages 397 et suivantes, les arrêts du 21 juillet 1809, et du 4 novembre 1812.
(4) Code de Hollande, art. 1809.

cite est seulement dans l'intention des parties, qu'elle n'est que l'effet de la disposition générale de la loi, alors la résolution doit être demandée en justice, attendu qu'il y a lieu d'examiner si effectivement les engagements n'ont pas été remplis, et s'il n'y a pas lieu d'accorder à la partie un délai pour les remplir. La révocation des donations, pour cause d'inexécution des conditions qui y ont été mises, ou pour mieux dire des charges qui y ont été apposées, doit être demandée en justice (art. 956) (1); tandis que dans le cas de survenance d'enfants, la révocation a lieu de plein droit (art. 960); la loi elle-même fait ici la fonction d'une convention expresse des parties à cet égard. Il en est de même de la donation faite avec stipulation du retour pour le cas du prédécès du donataire, ou du donataire et de sa postérité (art. 951 et 952) (2). Mais la vente, au contraire, n'est pas résolue de plein droit par le seul défaut de payement du prix aux époques fixées; il y a seulement lieu à une action ou demande en résiliation du contrat, et le juge peut même accorder des délais modérés si le vendeur n'est pas en danger de perdre la chose et le prix (art. 1654 et 1655) (3). Et quoique la condition résolutoire ait été expressément stipulée dans le contrat pour le cas où l'acheteur ne payerait pas le prix au terme convenu, cette résolution néanmoins n'a pas lieu de plein droit; elle a besoin d'être prononcée en justice, quand il s'agit d'immeubles, et l'acheteur peut encore payer tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais après cette sommation, le juge ne peut lui accorder de délai (art. 1656). Dans le droit romain, cette stipulation opérait la résolution *ipso facto;* dans notre ancienne jurisprudence, la clause était regardée comme comminatoire : il fallait que la résolution fût demandée en justice, et le juge pouvait encore accorder des délais à l'acheteur. Il ne le pourrait aujourd'hui, et en cela nous nous sommes rapprochés du droit romain; mais nous nous en sommes éloignés en ce que l'acheteur peut encore payer après l'expiration du délai fixé, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation (*ibid.*). Toutefois en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement (art. 1657) (4). Nous analyserons, au surplus, ces dispositions avec plus d'étendue quand nous traiterons *de la vente.*

91. Revenons au cas où la condition résolutoire est expresse, et voyons pour laquelle des deux parties périt la chose, si elle périt par cas fortuit pendant que la condition est encore en suspens, et lorsqu'il n'y a dans le contrat aucune clause qui mette les cas fortuits à la charge de l'une ou de l'autre; car s'il y avait une pareille clause, elle devrait être exécutée.

Le Code, qui prévoit le cas de perte de la chose dans les obligations contractées sous une condition suspensive (1182), garde le silence à ce sujet dans les obligations contractées sous une condition résolutoire, et cependant ce point méritait d'autant mieux d'être décidé par la loi, qu'il n'est pas sans difficulté, comme on va le voir.

Il est clair que si la condition résolutoire ne s'accomplit pas, la chose périt pour l'acheteur, ou l'échangiste à qui elle a été donnée en contre-échange, puisque le contrat n'est point résolu : c'est donc le cas de dire : *Res perit domino.*

Elle périrait aussi pour le donataire, qui n'en serait pas moins obligé, selon nous, de remplir les charges qui lui ont été imposées, à moins que des termes du contrat il ne résultât qu'il s'est réservé la faculté de s'en affranchir en renonçant à la donation, ce qui ne se présumerait pas dans le droit actuel (5).

Si l'objet du contrat périt depuis l'accomplissement de la condition résolutoire, il ne peut non plus y avoir de difficulté : les choses étant remises au même état que s'il n'y avait pas eu de contrat, on appliquerait aussi la règle *Res perit domino.*

Il ne peut donc y avoir de doute que sur le cas où la chose est venue d'abord à périr, par force majeure, depuis le contrat fait sous condition ré-

(1) Code de Hollande, art. 1726.

(2) Ibid., art. 1709 et 1710.

(3) Ibid., art. 1553.

(4) Ibid., art. 1554.

(5) *Voyez* ce qui a été dit à cet égard au tome VIII, nos 17, 414 et 514, ainsi que les autorités qui y sont citées; et, pour les legs, tome IX, no 322, où nous citons les lois 70, § 1, ff. *de Legatis* 2o, et 22, *princip.* ff. *de Fideicomm. libert.* suivant lesquelles le légataire qui a accepté un legs fait sous certaines charges, ne peut plus ensuite le répudier pour s'affranchir de ces charges.

solutoire, et que la condition s'est ensuite accomplie. Par exemple, je vous vends ma maison moyennant 20,000 fr., mais je déclare dans le contrat que si mon neveu, à qui je la destinais, revient en France dans les deux ans à partir de ce jour, la vente sera résolue (ou qu'il n'y aura point de vente); la maison vient à périr par cas fortuit, et la condition se réalise ensuite : le prix doit-il vous être restitué, au cas où vous l'auriez payé, et ne puis-je le demander, si je ne l'ai pas encore reçu ?

La raison d'en douter se tire de ce que, depuis la perte de la maison, l'accomplissement de la condition devait être une chose indifférente, puisque le contrat se trouvait déjà privé d'objet et qu'ainsi cet objet ne pouvait plus vous être enlevé. Or, de même que dans le cas de la condition suspensive, si la chose périt tant que la condition n'est point encore accomplie, elle périt pour le vendeur, nonobstant l'événement postérieur de la condition (art. 1082); de même, peut-on dire, dans le cas de la condition résolutoire, elle doit périr pour l'acheteur, bien que la condition vienne à s'accomplir ensuite. D'ailleurs, celui qui a reçu la chose sous une condition résolutoire, se trouve par cela même obligé à la rendre sous une condition suspensive, *tanquam sub contraria conditione* (1); or, d'après l'art. 1182, si la chose promise sous une condition suspensive périt pendant que la condition est encore en suspens, elle périt pour celui qui l'avait promise sous cette condition, et c'est même pour lui aussi qu'elle se détériore. En outre, la condition résolutoire ne trouvant non plus aucun objet qui puisse être la matière du contrat lorsqu'elle s'est accomplie, il n'y avait plus de résolution possible. Dans les deux cas, la règle : *Res perit domino* semblerait donc devoir déterminer quelle est celle des parties qui doit supporter la perte ; or, avant l'accomplissement de la condition, l'acheteur était propriétaire de la chose vendue.

Ces raisons, selon nous, ne sont point du tout concluantes : l'acheteur est en droit de se refuser à payer le prix, et il peut le réclamer, s'il l'a déjà payé, conformément à l'art. 1183. En effet, on ne lui a vendu que sous une condition résolutoire dont l'accomplissement devait mettre fin à son droit et laisser le prix *sine causa* dans la main du vendeur. C'était à celui-ci à stipuler en conséquence des cas fortuits; s'il a gardé le silence à cet égard, il doit se l'imputer. On n'élèverait aucun doute si, au lieu de la perte totale de la chose, il n'y avait que des dégradations, également arrivées par cas fortuit, quelque notables qu'elles fussent ; or, si ces dégradations restaient à la charge du vendeur au cas où la condition résolutoire s'accomplirait, il n'y a pas de raison suffisante pour décider le contraire à l'égard de la perte totale. Si, sous certains rapports, celui qui a reçu une chose en vertu d'un contrat sous condition résolutoire, est obligé à la restituer *tanquam sub contraria conditione*, on ne peut pas rigoureusement dire pour cela qu'il est obligé sous une condition suspensive ; il n'y a pas deux contrats, il n'y en a qu'un : la résolution d'un droit ne forme pas par elle-même une obligation directe et principale ; elle n'est qu'un effet de l'obligation elle même qui a été contractée sous condition résolutoire, ce qui rend inapplicable l'art. 1182, lequel ne statue, comme on le voit par la place qu'il occupe, que sur le cas d'engagements formés sous une condition suspensive. Et pour que le contrat soit résolu dans les effets qu'il a produits pour chacune des parties, il n'est pas nécessaire que la chose subsiste encore, puisqu'il y a toujours ce qui est relatif au prix, dont la cause a été anéantie par la résolution de la convention en vertu de laquelle seulement il était dû. En un mot, les choses sont remises au même état qu'avant l'engagement, par l'accomplissement de la condition ; le créancier, dit l'art. 1183, doit restituer ce qu'il a reçu ; or, la disposition de cet article ne serait point observée, si le vendeur, dans l'espèce, pouvait retenir le prix ou le réclamer.

Les lois romaines décidaient la question en ce sens. Ulpien, dans la L. 2, ff. *de in diem Addictione,* traite des effets généraux de la vente faite sous une condition suspensive, et de ceux de la vente faite sous une condition résolutoire, vente qu'il appelle *pure*, mais résoluble sous condition : *pura emptio, quæ sub conditione resolvitur;* et il dit que dans cette dernière vente, l'acheteur peut prescrire, qu'il fait les fruits siens (2), et

(1) Argument de la loi 36, ff. *de Rebus creditis. Voyez* aussi la loi 13, *in fine*, ff. *de Statuliberis.*

(2) A la charge toutefois de les restituer si la condition se réalise, c'est-à-dire, dans l'espèce, si un tiers offre un meilleur prix au vendeur, ou d'autres conditions plus avantageuses. L. 6, au même titre.

que la perte de la chose le concerne, si elle vient à périr par cas fortuit : *Et emptorem usucapere, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit.* Mais pourquoi la perte de la chose le concerne-t-elle? C'est, dit le jurisconsulte Paul, dans la loi suivante, parce que la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir après la perte de la chose, puisqu'alors personne ne viendra faire des offres plus avantageuses au vendeur : *Quoniam post interitum rei jam nec adferri possit melior conditio.* Donc, lorsqu'au contraire la condition résolutoire est de nature à s'accomplir encore après la perte de la chose, et qu'elle s'accomplit en effet, la décision doit être différente : la perte alors ne concerne point l'acheteur, autrement le fragment de Paul serait absolument sans objet ; ce serait une véritable superfétation dans le Digeste, il serait même propre à jeter les esprits dans l'erreur, surtout si l'on considère la place qu'il occupe, immédiatement après la décision d'Ulpien, et évidemment pour la motiver. Aussi dans la vente à réméré, la perte concerne-t-elle l'acheteur, car le vendeur n'a pas à reprendre la chose : la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir. Mais dans l'espèce posée d'abord, elle s'est accomplie, et elle a été considérée comme un événement dont l'effet devait faire supposer que le contrat n'a pas eu lieu, puisqu'il remet les choses *au même état que si l'obligation n'avait pas existé;* d'où l'on ne voit pas pourquoi ce vendeur réclamerait ou même retiendrait le prix, s'il n'y a pas dans l'acte quelque clause propre à démontrer que, dans l'intention des parties, les cas fortuits qui occasionneraient la perte de la chose survenue, *pendente conditione*, seraient supportés par l'acheteur.

92. Selon nous, toute adjudication préparatoire est censée faite sous une condition suspensive ; et l'adjudication définitive sur expropriation forcée, qui admet la surenchère du quart dans la huitaine (article 710, Code de procéd.), est sous une condition résolutoire. En conséquence, si l'immeuble dont la vente est poursuivie en justice, vient à périr ou à subir de grandes détériorations après une adjudication seulement préparatoire, l'adjudicataire peut se faire décharger ; mais si ces événements arrivent après une adjudication définitive sur expropriation forcée, quoique dans la huitaine accordée au tiers pour surenchérir, ces événements sont supportés par l'adjudicataire, à moins que la chose n'ayant été que détériorée, il y ait surenchère du quart et adjudication au profit d'un autre.

En effet, il est évident, quant aux adjudications définitives qui admettent la surenchère du quart dans la huitaine, qu'elles sont faites seulement sous une condition résolutoire ; car elles n'ont pas lieu sous cette condition, *si personne ne surenchérit du quart;* il n'en est pas dit un mot dans les actes ; elles sont faites purement, seulement elles peuvent être résolues, *si un tiers vient surenchérir du quart dans la huitaine.* C'est donc leur résolution qui est sous condition ; elles produisent si bien leur effet à partir du moment où elles ont lieu, que l'adjudicataire seul a le droit de concourir avec celui qui a fait cette surenchère nouvelle et éventuelle (article 712 *ibid.*) (1). Au lieu que pour les adjudications provisoires, loin d'opérer par elles-mêmes une vente parfaite, elles ne sont, ainsi que leur nom le démontre, qu'une *préparation* à un autre acte, une formalité pour parvenir à cet acte, lequel est réellement celui d'aliénation, un acte indispensable, et non pas seulement accidentel, comme l'est la surenchère du quart. Une adjudication préparatoire est une promesse conditionnelle d'acheter de la part de l'adjudicataire, et de vendre de la part du débiteur, représenté par le créancier qui poursuit l'expropriation, et cette promesse est conditionnelle. Elle lie sans doute les parties, mais c'est de la même manière qu'une convention sous une condition suspensive lie ceux qui l'ont faite ; par conséquent c'est avec les mêmes effets.

Le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 2, ff. *de in diem Addictione*, ci-dessus citée, dit que la condition est suspensive dans la vente faite en ces termes : *Ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur ;* et que la condition est résolutoire, si l'acte porte : *Ut meliore allata conditione, discedatur.* Or, l'adjudication préparatoire paraît bien être faite sous la première de ces conditions, et l'adjudication définitive sous la

(1) Code de Hollande, art. 639.

seconde ; car l'adjudication préparatoire ne fonde un titre réel pour l'adjudicataire qu'autant que sa mise n'est pas couverte lors de l'adjudication définitive, adjudication qui doit nécessairement avoir lieu; ce qui est absolument la même chose que de dire : *Ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur;* tandis que l'adjudication définitive n'est pas faite sous la condition virtuelle et nécessaire, *s'il n'y a pas surenchère du quart,* cette surenchère étant totalement en dehors du contrat d'adjudication, seulement elle est faite sous cette condition tacite et légale, que s'il y a surenchère du quart et que la mise du surenchérisseur ne soit pas couverte par l'adjudicataire, l'adjudication faite au profit de celui-ci sera résolue, comme s'il était dit : *Ut meliore allata conditione, discedatur.*

Enfin, quant à l'adjudication préparatoire, comme les fruits échus depuis la dénonciation de la saisie sont immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque (art. 689, Code de procéd.), et comme cet article, ni aucun autre, ne restreint cela aux fruits échus jusqu'à l'adjudication préparatoire, on doit en conclure que ceux aussi qui sont échus depuis cette adjudication sont pareillement immobilisés, quand même l'adjudicataire préparatoire se rendrait adjudicataire définitif : ce qui est encore une nouvelle preuve que les adjudications préparatoires sont censées faites sous une condition suspensive, au lieu que les autres sont sous une condition résolutoire, parce qu'elles ne laissent rien en suspens : il n'y a plus rien à faire pour que le contrat d'aliénation soit parfait; seulement la loi, par faveur pour le débiteur, autorise les tiers à surenchérir du quart dans la huitaine, et à venir ainsi *enlever* à l'adjudicataire son acquisition, s'il n'aime mieux encore rendre vaine cette surenchère, en la couvrant lui-même par une autre, et lui seul a ce droit, tandis que toute personne peut surenchérir sur l'adjudication préparatoire.

Nous regardons aussi la surenchère hypothécaire, ou l'offre de porter ou faire porter le prix déclaré par le nouveau propriétaire à un dixième en sus, comme une simple promesse d'acheter faite sous condition suspensive. Le prix n'est même pas certain, puisqu'il peut s'élever au delà. Donc si l'immeuble périssait ou subissait des détériorations durant les délais de la procédure, le créancier qui a fait la surenchère pourrait, comme l'adjudicataire préparatoire, se faire décharger de son offre : *Res perit domino :* or, il n'était pas propriétaire.

93. Il arrive quelquefois qu'un contrat est en même temps sous une condition suspensive et sous une condition résolutoire. Une donation faite sous une condition suspensive, par un individu qui n'a point d'enfants ni de descendants légitimes au moment de la donation, est dans ce cas, puisqu'elle renferme en elle-même la condition résolutoire tacite et légale que s'il survient un enfant légitime au donateur la donation sera révoquée (art. 960). D'après ce que nous venons de dire sur le cas où la chose est venue à périr avant l'événement de la condition résolutoire, il importe de voir ce qui a eu lieu dans l'hypothèse où des charges auraient été mises à la donation.

Si la chose donnée est venue à périr avant l'accomplissement de la condition suspensive, il n'y a pas eu d'obligation. Il en est de même si cette condition est venue à manquer, et par la même raison, si la condition résolutoire est venue à se réaliser avant l'événement de la condition suspensive.

Mais si l'on suppose simplement que cette dernière condition s'est accomplie, et que l'objet de la donation soit venu ensuite à périr, le donataire doit exécuter les charges. Toutefois, si la condition résolutoire se réalise ensuite, comme les choses sont remises au même état qu'auparavant, il est affranchi des charges pour l'avenir, et il pourrait même répéter ce qu'il a payé, soit en rentes, prestations ou autrement, mais avec obligation néanmoins de compenser avec les fruits et les émoluments qu'il a retirés de la chose donnée.

94. Quant aux fruits perçus en vertu d'un contrat anéanti par suite d'une condition résolutoire, expresse ou sous-entendue, ou prévue par la loi, le Code s'en explique bien dans plusieurs cas, mais non dans tous.

Ainsi, en matière de donation rapportée à succession, ou réduite pour fournir les réserves, les art. 856 et 928 (1) règlent ce qui est relatif aux fruits.

(1) Code de Hollande, art. 1144 et 974.

Les articles 958 et 962 (1) règlent pareillement ce qui est relatif aux fruits dans les cas de donation révoquée pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfants.

Mais le Code ne dit rien à cet égard sur les cas de donations révoquées pour inexécution des conditions sous lesquelles elles avaient été faites, ou de donations faites avec stipulation du droit de retour, ou sous toute autre condition résolutoire qui s'est réalisée.

Dans le premier cas, les fruits devraient être rendus par le donataire, parce que, n'ayant pas rempli ses engagements, il les retiendrait *sine causa;* sauf à les compenser jusqu'à due concurrence avec ce qu'il aurait payé en prestations annuelles ou autrement, mais aussi sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être dus au donateur.

Dans le cas de donation avec stipulation du droit de retour, les héritiers du donataire ne doivent point restituer les fruits, attendu que le donateur n'a stipulé le retour que des biens eux-mêmes (2), et n'a entendu anéantir les effets de la donation qu'en ce qui concerne les biens et non les fruits. Le silence du Code relativement aux fruits confirme encore cette opinion.

Par analogie, l'on doit décider la même chose pour le cas où la donation est faite sous toute autre condition résolutoire, casuelle ou mixte ; si le donateur n'eût pas entendu conférer purement et simplement la jouissance au donataire, il se la serait réservée, en faisant la donation sous une condition suspensive pour le cas contraire à celui sous lequel il l'a faite sous condition résolutoire.

Dans les ventes avec faculté de réméré, l'acheteur ne doit pas restituer les fruits, lors même qu'il n'aurait point payé d'intérêts, soit à raison d'une convention particulière qui aurait rendu inapplicable la disposition de l'art. 1652, troisième alinéa, soit parce que le réméré aurait été exercé avant tout payement. Aucune disposition du Code ne l'oblige en effet à les restituer. Tant que le rachat n'était pas exercé il percevait les fruits sur sa chose. Ajoutez que les cas fortuits le concernaient.

Cette décision serait la même dans le cas d'échange fait sous la condition qu'il sera loisible à chacune des parties, ou à l'une d'elles seulement, de résilier la convention dans un certain temps, clause qui serait valable aussi dans ces contrats, puisque la loi ne l'interdit pas, qu'elle l'autorise même par l'art. 1707, en disant que *toutes* les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange.

Dans le cas de vente d'immeubles rescindée pour cause de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix, l'art. 1682 assujettit seulement l'acheteur à rendre les fruits perçus depuis la demande.

Si une vente d'immeubles est résolue faute par l'acheteur d'avoir payé le prix, il doit faire compte des fruits qu'il a perçus, sauf à les compenser jusqu'à due concurrence avec les intérêts qu'il aurait payés, ou avec ceux de la portion du prix qu'il aurait déjà soldée ; car, ne remplissant pas ses engagements, il retiendrait ces fruits *sine causa.*

Enfin dans les cas de vente, transaction ou autre contrat à titre onéreux fait sous une condition résolutoire expresse, casuelle ou mixte, qui est venue à s'accomplir, la question relative à la restitution des fruits doit, en principe, être décidée contre celui dont le titre se trouve ainsi anéanti, sauf la compensation dont nous venons de parler. La loi 2, ff. *de in diem Addictione*, déjà citée plusieurs fois, attribue bien les fruits à l'acheteur sous condition résolutoire, mais c'est seulement *interim;* car si la condition se réalise, il est obligé de les rendre au vendeur, d'après la loi 6 au même titre ; ce qui est assez conforme, au surplus, au principe consacré par l'art. 1183 du Code civil, portant que l'effet de la condition résolutoire est de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. L'acquéreur dont le titre est ainsi résolu, et qui se trouve par l'événement n'avoir eu aucune cause réelle de possession, ne peut être assimilé à un tiers de bonne foi, qui gagne les fruits tant que dure sa bonne foi (art. 549 et 550) (3) ; car il possédait, non comme tiers, mais précairement par rapport à celui qui lui avait transmis, abandonné ou cédé la chose sous cette condition résolutoire.

(1) Code de Hollande, art. 1727 et 1728.

(2) *Voyez* tome VIII, nº 492.

(3) Code de Hollande, art. 630, 634 et 587.

Cette décision serait toutefois subordonnée aux circonstances de la cause et aux termes de l'acte ; mais, en principe, elle est conforme à la nature de la condition résolutoire.

95. Ainsi qu'on l'a dit plus haut, la résolution des contrats translatifs de propriétés immobilières ou de droits immobiliers, a aussi effet contre les tiers, auxquels les acquéreurs auraient consenti des droits sur les mêmes biens, ou leur auraient transmis les biens eux-mêmes ; mais, dans les cas où la résolution doit être prononcée en justice, il faut d'abord la faire prononcer contre la partie avant d'attaquer les tiers. On peut toutefois appeler ceux-ci dans la même instance pour voir dire que le jugement sera déclaré commun avec eux ; et si l'on attaquait d'abord les tiers, ce qui ne serait pas très-régulier, il faudrait mettre en cause la partie, si le défendeur l'exigeait ; ce ne serait point à lui à l'y mettre.

Dans le cas où la résolution a lieu de plein droit, la revendication peut être exercée directement contre les tiers détenteurs.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS A TERME.

SOMMAIRE.

96. *Ce qu'on entend par* terme, *en droit.*
97. *Il y a le terme stipulé et le terme de grâce : quel est le premier.*
98. *Quel est le second.*
99. *L'exception dilatoire résultant du bénéfice d'inventaire renferme un délai.*
100. *Dans toute obligation, le temps nécessaire pour son exécution est toujours sous-entendu.*
101. *Quelquefois dans les prêts de consommation, ou à usage, il n'y a pas de terme convenu ; ce qui a lieu dans ces cas.*
102. *Parfois l'obligation contient une condition et un terme : distinction à faire.*
103. *Le terme diffère de la condition suspensive, et en quels points.*
104. *Le terme est toujours présumé en faveur du débiteur, mais ce n'est qu'une présomption simple.*
105. *Il peut être stipulé en faveur seulement du créancier.*
106. *Dans les lettres de change, il est stipulé dans l'intérêt du porteur et du débiteur.*
107. *Il en est de même dans les billets à ordre.*
108. *Quelquefois dans les dispositions testamentaires le terme est uniquement en faveur du légataire : conséquence.*
109. *Lorsque le terme est seulement apposé en faveur du débiteur, celui-ci peut y renoncer, toutefois avec obligation de payer les intérêts stipulés pour le temps convenu.*
110. *En principe, ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme.*
111. *Le dernier jour du terme est tout entier en faveur de celui au profit duquel est le terme.*
112. *Ce qui a été payé avant le terme n'est pas, en général, sujet à restitution.*
113. *L'intérêt peut-il au moins être réclamé jusqu'à l'échéance du terme lorsque le payement a eu lieu par erreur? discussion.*
114. *La disposition qui rend exigibles les dettes à terme en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur, sans déduction de l'escompte, n'est pas juste.*
115. *Lorsque les intérêts à échoir ont été cumulés dans l'obligation avec le capital rendu exigible par la faillite ou la déconfiture du débiteur, ils doivent être retranchés pour le temps à courir.*
116. *Texte des art.* 1188, *Code civil,* 448, *Code de commerce, et* 124, *Code de procédure.*
117. *Ce dernier doit s'entendre du terme de grâce quant aux circonstances non mentionnées dans le premier et qui privent le débiteur du délai qui lui a été accordé.*
118. *De ce que la dette serait avec hypothèque ou cautionnement, cela n'empêcherait pas que la faillite du débiteur ne la rendit exigible.*
119. *La faillite ou la déconfiture de l'un des débiteurs solidaires ne prive pas les autres du bénéfice du terme.*
120. *La caution n'est pas non plus privée du bénéfice du terme par cela seul que le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture.*
121. *Le débiteur qui a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, est déchu du bénéfice du terme : exemples; conciliation des art.* 1188 *et* 2131 *du Code civil.*
122. *Celui qui n'a obtenu un terme que par fraude en doit être privé.*
123. *Et celui qui ne donne pas les sûretés promises par le contrat doit être assimilé à celui qui a détruit par son fait celles qu'il avait données.*
124. *Le donataire d'immeubles par avancement*

d'hoirie qui les a hypothéqués et qui se porte ensuite héritier du donateur, diminue ainsi par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

125. *En général, cela doit être entendu du cas où l'hypothèque est conventionnelle.*

126. *Suivant la jurisprudence, l'aliénation partielle des biens conventionnellement hypothéqués rend la créance exigible.*

127. Secus *si l'aliénation est de la totalité des biens pour un seul et même prix.*

128. *Observations sur la jurisprudence précitée.*

129. *Cas où elle ne doit pas s'appliquer.*

130. *Le défaut, pendant deux années consécutives, du service d'une rente constituée en perpétuel, rend exigible le remboursement du capital.*

131. *La jurisprudence a même étendu cette décision aux rentes anciennes dont le service a été négligé pendant deux années écoulées sous le Code.*

96. Le terme est un délai accordé au débiteur pour satisfaire à son obligation.

97. Il y a le terme stipulé et le terme de grâce.

Le premier est celui qui a été convenu entre les parties par l'acte même qui renferme l'obligation, ou par un acte postérieur, par exemple par un concordat ou un acte d'atermoiement intervenu entre un débiteur et ses créanciers.

98. Le terme de grâce est celui qui est accordé au débiteur par un jugement, en considération de sa position. (Art. 1244 (1), Cod. civ., et 122, Cod. de procéd.)

Ce terme ne fait point obstacle à la compensation. (Art. 1292) (2).

Le débiteur ne peut l'obtenir, ni même jouir de celui qui lui aurait été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. (Art. 124, Cod. de procéd.)

Nous reviendrons bientôt sur ce point.

99. L'exception dilatoire résultant du bénéfice d'inventaire, renferme implicitement un délai ou une espèce de terme. (Art. 174, Cod. de procéd.)

100. Et dans toute obligation il y a tacitement un terme convenu, qui est du temps nécessaire pour son exécution. Par exemple, si je m'oblige, à Paris, à vous faire compter mille écus à Lyon, ou bien à vous livrer mon cheval qui est maintenant à Orléans, circonstance que vous savez, nous sommes par cela même tacitement convenus d'un temps nécessaire pour que je puisse donner des ordres à Lyon de vous compter la somme, ou pour faire revenir le cheval d'Orléans (3).

101. Quelquefois dans les prêts de consommation il n'y a point de terme fixé par les parties pour la restitution. Quelquefois aussi il est simplement dit que l'emprunteur payera quand il le pourra, ou quand il en aura les moyens : dans ces cas, le juge fixe un délai, suivant les circonstances. (Art. 1900 et 1901) (4).

Et dans les prêts à usage sans fixation d'un jour pour la restitution de la chose, l'emprunteur, en général, a le droit de s'en servir pendant le temps nécessaire à l'espèce de service pour lequel il l'a empruntée. (Art. 1888) (5).

102. Enfin, comme on l'a dit *supra* (nº 59), quelquefois l'obligation comprend une condition et un terme; alors il faut examiner si le terme n'est apposé qu'à la condition seulement, ou s'il l'est aussi à l'obligation elle-même.

Par exemple, s'il est dit : *Si tel navire revient en France dans l'année*, le terme n'est mis qu'à la condition, pour limiter le temps dans lequel le navire devra arriver en France pour que la condition soit accomplie. En sorte que s'il revient en France au bout de six mois, par exemple, la condition étant accomplie, l'obligation devient exigible à cette époque.

Mais s'il est dit : *Si tel vaisseau revient en France, dans l'année, alors vous me payerez cent;* ce mot *alors* fait entendre que le terme est apposé aussi bien à l'obligation, pour son exécution,

(1) Code de Hollande, art. 1426.
(2) Ibid., art. 1464.
(3) LL. 41, § 1; 137, § 2, ff. *de Verb. oblig.*; § 5, Instit. *eod. tit.*; et L. 2, § 6, ff. *de eo quod certo loco.* — (4) Code de Hollande, art. 1796 et 1799.
(5) Ibid., art. 1787.

qu'à la condition dont elle dépend; et ce ne sera qu'à l'expiration de l'année, et dans le cas où le navire serait revenu en France dans l'année, que le créancier pourra demander le payement de la somme promise (1).

103. L'art. 1185 (2) porte que « le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend « point l'engagement, dont il retarde seulement « l'exécution. »

Ici les rédacteurs du Code n'ont eu en vue que la condition suspensive; aussi, dans le second alinéa de l'art. 1183, il est dit que la condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation.

Les principales différences qui existent entre le terme et la condition suspensive, consistent en ce que :

1° Dans les legs, s'il y a simplement un terme, dans la pensée du testateur, exprimée ou sous-entendue, la mort du légataire survenue avant l'expiration de ce terme (mais après celle du testateur), n'empêche pas qu'il n'ait eu un droit acquis et transmissible à ses héritiers (art. 1041) (3). Au lieu que si le legs est sous une condition suspensive (4), et que le légataire vienne à mourir avant l'accomplissement de la condition, ce legs est caduc (Art. 1040) (5).

2° Dans les obligations pures, si la chose périt par cas fortuit avant le terme mis pour la délivrance, elle périt pour le créancier; par exemple, pour l'acheteur, qui n'en est pas moins obligé d'en payer le prix (6); tandis que si l'obligation est sous une condition suspensive, et que la chose vienne à périr *pendente conditione*, elle périt pour celui qui l'avait promise sous cette condition (art. 1182), quoique la condition vienne ensuite à s'accomplir (7). Et si la condition est résolutoire, la chose périt pour celui qui l'a reçue, si la condition ne s'accomplit pas; si elle s'accomplit, la chose périt pour celui à qui elle devait retourner (8).

3° Ce qui est payé, même par erreur, avant le terme, n'est pas sujet à répétition (9), sauf ce que nous dirons tout à l'heure relativement à l'escompte; au lieu que celui qui ne doit que sous une condition suspensive, et qui paye par erreur *pendente conditione*, peut, tant que la condition n'est pas accomplie, répéter ce qu'il a mal à propos payé; car il a payé ce qu'il ne devait pas (10): il y avait seulement espérance d'une dette.

4° Dans la dette à terme, le débiteur peut faire des offres avant l'échéance du terme, à moins qu'il n'ait été stipulé aussi en faveur du créancier; tandis qu'il ne le peut si la dette est conditionnelle. (Art. 1258) (11).

5° En cas de faillite du débiteur avec terme, la dette devient purement et simplement exigible (articles 1188 (12), Cod. civ. et 448, Code de com.); au lieu que lorsque la dette est sous condition suspensive, on procède de la manière indiquée plus haut, nos 69 et suivants.

104. Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la convention ou des circonstances qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier. (Art. 1187) (13).

105. Il peut même être convenu dans l'intérêt du créancier seulement; et, dans ce cas, comme chacun peut renoncer à ce qui a été établi uniquement en sa faveur, le créancier pourrait demander la chose avant le terme. Tel serait le cas où, en vous confiant un dépôt, nous serions convenus que vous garderiez l'objet pendant trois mois, ou jusqu'à mon retour de tel voyage, que je me proposais de faire : rien ne m'empêcherait de redemander la chose avant le temps convenu.

106. Dans les lettres de change, le terme est

(1) L. 4, § 1, ff. *de Condict. et demonst.*

(2) Code de Hollande, art. 1304.

(3) Ibid., art. 1043.

(4) Car un legs pourrait être fait aussi sous une condition résolutoire, ainsi que nous l'avons démontré, tome VIII, n° 68, et tome IX, n° 281. Et le legs fait sous une condition de cette nature recevrait son effet dès la mort du testateur; il n'y aurait pas à attendre pour cela l'accomplissement de la condition, comme si l'inaccomplissement de cette condition faisait l'objet d'une condition suspensive, ce qui empêcherait l'exécution du legs, et le ferait s'évanouir, si le légataire venait à mourir dans l'intervalle : le legs fait sous une condition simplement résolutoire, est un legs *pur*, et non un legs conditionnel.

(5) Code de Hollande, art. 1044.

(6) *Voyez* au tome précédent, n° 422.

(7) *Vide supra*, nos 74 et suivants.

(8) *Vide supra*, n° 91.

(9) L. 10, ff. *de Condict. indeb.*

(10) L. 16, *de Condict. indeb.*

(11) Code de Hollande, art. 1441.

(12) Ibid., art. 1307.

(13) Ibid., art. 1306.

présumé convenu dans l'intérêt du porteur de la lettre comme dans l'intérêt du débiteur, lequel ne peut faire des offres avant l'expiration du terme. (Art. 146, Cod. de comm.)

107. Et comme l'art. 187 du même Code porte que toutes les dispositions concernant le payement des lettres de change s'appliquent aux billets à ordre, il résulte de là que le terme, dans ces billets, est aussi en faveur du créancier comme en faveur du débiteur.

108. Dans les dispositions testamentaires, il arrive quelquefois que le testateur met un terme au legs uniquement dans l'intérêt du légataire : comme lorsqu'on fait un legs à un mineur payable seulement à sa majorité, parce que le testateur craint que le tuteur, qui administre peut-être mal, n'en touche le montant et ne le dissipe. Dans ce cas, si l'héritier payait au mineur, ou même au tuteur, et que le legs fût dissipé, il pourrait être obligé à payer de rechef. L. 15, ff. *de annuis Legatis.*

109. Lorsque le terme est apposé en faveur du débiteur seulement, celui-ci peut y renoncer; mais il ne faut pas conclure de là que, s'il avait emprunté à intérêt une somme pour tant d'années ou tant de mois, il pourrait, contre le gré du créancier, restituer la somme pour faire cesser le cours des intérêts; car la convention doit être respectée. Le débiteur, dans ce cas, peut sans doute se libérer, mais il doit payer les intérêts pour tout le temps convenu; et ce ne sera pas *sine causa* que le créancier les recevra, puisqu'il les a stipulés pour la durée de jouissance de son capital pour ce temps, et qu'il ne tient qu'au débiteur de conserver cette jouissance.

110. Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme (art. 1186) (1), à moins, comme il a été dit plus haut, que le terme n'eût été stipulé qu'en faveur du créancier seulement, ou qu'il ne résultât des circonstances de la cause qu'il a été mis dans son seul intérêt, ce qui sera rare, au surplus.

Le débiteur peut aussi être déchu du bénéfice du terme dans certains cas, ainsi que nous allons l'expliquer.

111. Le dernier jour du terme, mis en faveur du débiteur ou du créancier, est tout entier pour celui dans l'intérêt duquel ce terme a été apposé (2) ; en conséquence, la demande ou les offres ne doivent pas avoir lieu ce jour-là ; il faut attendre au lendemain. Aussi, le protêt dans les lettres de change et dans les billets à ordre ne doit-il être fait que le lendemain du jour de l'échéance et si ce lendemain est un jour férié, le protêt doit être fait le jour suivant. Mais si le jour de l'échéance lui-même est un jour férié, le payement est fait la veille (art. 134, 162 et 180, Cod. de comm. combinés). Cette dernière décision est au surplus particulière aux effets de commerce.

112. Ce qui a été payé avant le terme ne peut être répété (même art. 1186, Code civil), sauf toutefois ce qui est dit à l'art. 446 du Code de commerce.

113. Il n'y a pas de difficulté lorsque le payement a été fait en connaissance de cause; mais les lois romaines décident la même chose dans le cas aussi où le payement a été fait par erreur (3), attendu que le terme ne suspend point l'effet de l'obligation, et que dès qu'il y a l'obligation, il n'y a pas lieu à répéter ; car l'on n'a pas payé une chose non due. Il paraît que c'est aussi sur le cas de payement fait par erreur avant le terme, que statue notre article 1186; mais on peut toutefois élever la question de savoir si celui qui devait une somme non productive d'intérêts, et qui l'a payée par erreur avant l'échéance du terme, ne peut pas, dans le droit actuel, demander au créancier, que celui-ci, à son choix, lui fasse raison des intérêts ou de l'escompte (*interusurium*) jusqu'au jour de l'échéance, ou qu'il lui restitue la somme, à la charge par lui débiteur de lui donner les mêmes sûretés ?

Selon notre opinion, il le peut, mais suivant la plupart des auteurs, il n'a pas ce droit.

Ils se fondent sur ce que l'action en répétition, *condictio indebiti*, quoique ayant pour base

(1) Code de Hollande, art. 1303.
(2) L. 42, ff. *de Verb. oblig.*

(3) LL. 10, 16, 17 et 18, ff. *de Condict. indeb.* combinées.

l'équité, est néanmoins de droit strict, comme celle de prêt, dans laquelle le juge ne peut rien adjuger au demandeur au delà de ce qu'il a compté à l'autre partie. Aussi quelques auteurs, notamment Pothier, appellent-ils *promutuum* le quasi-contrat formé par le payement d'une chose qui n'était pas due. Or, disent-ils, l'escompte n'a pas été payé : donc il n'y a pas lieu à le répéter, et il n'y a pas lieu non plus à répéter la somme qui a été réellement payée, puisqu'elle était due, quoique avec un terme.

De plus, ajoutent-ils, dans le cas du payement fait indûment, le défendeur ne doit restituer que ce dont il a profité par suite de ce payement (1), et comme il est possible qu'il n'ait retiré aucun avantage de l'anticipation, par exemple, parce qu'il a laissé la somme oisive dans sa caisse, ou parce qu'il l'a prêtée sans intérêts, il ne doit pas être forcé d'en payer de son côté, autrement il souffrirait lui-même un préjudice. Et en admettant qu'il eût prêté la somme à intérêts, comme il a couru les chances de perte par suite de la faillite des emprunteurs, ces intérêts doivent lui demeurer, d'autant mieux qu'ils proviennent tout à la fois et de son contrat et de sa chose. Enfin, comme le prêt proprement dit ne produit pas par lui-même d'intérêts, qu'il faudrait pour cela une stipulation expresse, le quasi-contrat qui naît du payement fait indûment ne saurait en produire ; et à plus forte raison quand il n'y a pas eu de payement fait indûment, comme dans l'espèce, puisqu'il y avait dette.

Telles sont les principales raisons données par Voet *ad Pandectas, tit. de Condict. indebiti;* par Perez *ad Codicem, eodem titulo*, et par d'autres auteurs, pour exclure la répétition de la somme comptée par anticipation, quoique par erreur, ainsi que la demande de l'intérêt ou escompte jusqu'au temps de l'échéance de la dette.

Pothier, dans son Traité sur le quasi-contrat résultant du payement de l'*indû*, payement auquel, comme il vient d'être dit, il a donné le nom de *promutuum*, ajoute une autre raison à celles qui viennent d'être exposées, mais qui est sans force aujourd'hui, parce que la prémisse n'est pas en rapport avec le droit actuel. Celui, dit-il, qui ferait un véritable prêt ne pourrait stipuler des intérêts ; donc celui qui a payé sans devoir ne peut être supposé en avoir stipulé ; et, à plus forte raison, celui qui devait, mais qui a seulement payé avant l'échéance.

Si ces auteurs avaient restreint leur décision aux intérêts ou à l'escompte pour le temps qui s'est écoulé depuis le payement fait par anticipation jusqu'au moment où, découvrant son erreur, celui qui a payé élève sa réclamation, nous serions parfaitement de leur avis ; car, comme dans les obligations de sommes, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit (art. 1153) (2), et que l'on ne se trouverait dans aucun de ces cas, il est clair qu'il ne pourrait en exiger pour le temps antérieur à sa réclamation, quand même il serait démontré que le créancier en a retiré par le placement qu'il a fait de la somme. Mais il ne s'agit point des intérêts ou de l'escompte pour le temps antérieur à la réclamation ; il s'agit uniquement de l'escompte pour le temps futur et jusqu'à l'époque qui avait été fixée pour le payement de la dette, et nous soutenons que la prétention tendant à ce que le créancier, à son choix, fasse raison de cet escompte ou restitue la somme, à la charge pour le débiteur de lui fournir les mêmes sûretés, est une prétention fondée en équité et en parfaite harmonie avec les principes de notre législation actuelle, dans laquelle la jouissance du numéraire a une valeur réelle et forme la principale source du revenu d'un grand nombre de citoyens. D'où il faut conclure, ce qui a été vrai au surplus dans tous les temps, mais ce qui l'est encore plus particulièrement depuis que l'argent peut produire licitement des intérêts en toute obligation ; d'où il faut conclure, disons-nous, que celui qui paye avant le terme, paye par cela même plus qu'il ne devait, si ce n'est quant au *quantum* de la dette en elle-même, du moins par la privation de l'avantage qu'il pouvait retirer de la somme en la plaçant à intérêt. Il est si vrai que le terme est un avantage, et que celui qui doit à terme doit moins que celui qui doit au comptant ; c'est que si une caution s'obligeait à payer à un terme plus rapproché que celui qui a été accordé au débiteur principal, elle serait censée obligée *en plus* que

(1) L. 65, § 8, ff. *de Condict. indeb.*

(2) Code de Hollande, art. 1286.

le débiteur, et ne devrait payer qu'au terme accordé à ce dernier : *Plus est enim statim aliquid dare ; minus est post tempus dare* (1). Donc payer avant le terme, c'est payer plus que l'on ne devait en réalité, puisque par là on diminue son patrimoine, et cela est si vrai que, d'après le droit romain lui-même, le créancier qui avait reçu de son débiteur insolvable un payement avant l'échéance du terme, était obligé de faire raison de l'escompte ou intérêt à la masse (2). Et lorsqu'un débiteur qui, d'après la loi, devait jouir d'un délai, à la charge de donner caution, ne pouvait la fournir, il n'était tenu de payer de suite que sous la déduction de l'escompte. On en trouve des exemples dans la loi 24, § 2, ff. *Soluto matrim. quemad. dos petatur,* et dans la loi 22, § 1, ff. *Mandati vel contra.*

Supposons, en effet, que quelqu'un ait acheté un fonds moyennant 20,000 fr., sans autre explication dans l'acte de vente ; mais que les parties, par des raisons particulières, aient cru devoir faire une contre-lettre par laquelle il a été convenu que les 20,000 fr. seraient payables au bout de six ans seulement, et sans intérêts, attendu que le prix a été fixé en conséquence ; que l'acheteur soit venu à mourir peu de temps après, et que son héritier, dans l'ignorance de la contre-lettre qui ne s'est pas trouvée avec les autres papiers du défunt, ait payé aussitôt les 20,000 fr. ; n'est-il pas évident, en pareil cas, que cet héritier a payé une somme de beaucoup supérieure à celle pour laquelle son auteur aurait obtenu la chose, s'il l'eût achetée au comptant, ou bien à terme mais avec intérêts? Cela ne peut être douteux pour quiconque a la moindre idée de la manière dont se traitent les affaires. Refuser à celui qui a ainsi payé plus de cinq années avant l'échéance du terme, et qui s'aperçoit de son erreur, le droit de demander, ou la restitution temporaire de la somme, ou que le vendeur lui fasse raison de l'escompte ou intérêt à partir du moment où il élève sa réclamation, jusqu'au jour qui avait été convenu pour le payement, c'est lui faire payer en définitive cette partie du prix qui excédait la juste valeur de la chose en supposant la vente faite au comptant, ou à terme mais avec intérêts, c'est-à-dire plusieurs 1,000 francs de plus ; et c'est faire profiter le vendeur de sa mauvaise foi, de n'avoir pas averti le débiteur de son erreur. Or, c'est ce que nous ne saurions admettre ; selon nous, la réclamation de cet héritier est bien fondée, non-seulement en équité, mais encore en droit.

114. Nous voudrions même que, dans les faillites ou déconfitures, qui rendent exigibles les dettes non échues, l'on eût égard aux époques fixées pour le payement desdites dettes, quand elles ne sont point productives d'intérêts ; car si, par exemple, lorsque vous êtes créancier d'une somme de 10,000 francs, payable dans six ans seulement, et sans intérêts, et que je le suis d'une pareille somme qui est échue, vous retirez du dividende autant que moi, l'égalité n'est point observée. Votre créance ne valait pas la mienne, quoiqu'elle fût d'une somme égale ; vous ne l'auriez certainement pas vendue au même prix que j'aurais vendu la mienne, abstraction faite des sûretés qui seraient attachées à l'une ou à l'autre. Si la vôtre provient d'une vente que vous avez ainsi faite à un long terme et sans intérêts, et la mienne d'une vente aussi, mais faite au comptant, c'est que les deux objets n'étaient pas de même valeur ; on doit naturellement le supposer. Or le système qui nous traite absolument de la même manière est un système vicieux, qui appelle l'attention du législateur, pour mettre le droit en harmonie dans toutes ses parties. La chose serait facile : il suffirait pour cela, dans les distributions et dans les ordres, de retrancher de chaque créance avec terme et non productive d'intérêts, une somme correspondante à l'intérêt légal jusqu'aux époques fixées pour le payement ; cela serait tout à fait juste, et même conforme aux principes d'une législation qui attache une grande valeur à la jouissance des capitaux. Aussi nous appelons de tous nos vœux cette amélioration ; car c'en serait une véritable.

115. Et même dans l'état actuel de la législation, ce retranchement doit avoir lieu si l'on a cumulé les intérêts futurs avec le capital, comme cela se fait quelquefois, et même assez souvent, nonobstant la prohibition de l'édit de 1675, vulgaire-

(1) § 5, Instit. *de Fidejussoribus.*

(2) L. 10, § 12, et L. 17, § *ult.*, ff. *Quæ in fraud. credit.*

ment appelé *l'ordonnance sur le commerce* (1). Par exemple, si, empruntant de vous une somme de 10,000 fr. pour un an avec intérêts à cinq pour cent, vous me faites souscrire purement et simplement un billet de 10,500 fr. payable dans un an, et qu'au bout de trois mois je tombe en déconfiture ou en faillite, vous ne devez être admis à la distribution que pour le capital de 10,000 fr. par vous prêté, et pour les intérêts échus jusqu'au jour de la clôture du procès-verbal du juge-commissaire. Quant au surplus des 500 fr. ajoutés dans l'obligation pour les intérêts, vous le réclameriez *sine causa*, attendu que votre conditon ne doit pas être meilleure que celle des autres créanciers qui n'ont pas cumulé les intérêts avec le capital.

116. Nous venons de dire que la faillite du débiteur rend exigibles les dettes non échues. Voici en effet ce que porte l'art. 1188 (2) du Code civil :

« Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. »

L'art. 448 du Code de commerce porte pareillement que « l'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues : à l'égard des effets de commerce par lesquels le failli se trouvera être l'un des obligés, les autres obligés ne seront tenus que de donner caution pour le payement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. »

Et comme nous l'avons dit plus haut, suivant l'art. 124 du Code de procédure, « le débiteur ne pourra obtenir un délai, *ni jouir du délai qui lui aura été accordé*, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque, par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. »

117. Mais qu'entend-on ici par *délai accordé?* Est-ce celui qui a été accordé par le juge, ou bien aussi celui qui a été accordé par le créancier?

M. Pigeau (3) l'a entendu de l'un et de l'autre, et M. Delvincourt (4) l'a entendu seulement du délai de grâce, en ce qui concerne les cas de vente des biens à la requête d'autres créanciers sans toutefois qu'il y ait déconfiture, et de l'emprisonnement du débiteur ou de son état de contumace.

D'abord, cet article 124 fait suite à ceux par lesquels le législateur autorise les juges à accorder des délais pour l'exécution de leur jugement, ce qui prouve que c'est du délai de grâce qu'il s'occupe.

En second lieu, le législateur a dû priver plus facilement un débiteur du délai de faveur que d'un terme stipulé, sans lequel ce débiteur ne se serait peut-être pas engagé.

On convient bien, du reste, qu'il est privé de ce délai, non-seulement lorsqu'étant commerçant il est en état de faillite, mais encore lorsque n'étant point commerçant il est tombé en état de déconfiture; et dans tous les cas, lorsqu'il a, par son fait, diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. A cet égard, les art. 124, Code de procédure, et 1188, Code civil, sont aussi bien applicables au terme stipulé qu'au délai de grâce. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, M. Bigot de Préameneu disait devant le corps législatif : « Il est évident qu'en cas de faillite ou *de déconfiture*, le débiteur ne doit plus être autorisé à réclamer le bénéfice du terme *qu'il a stipulé*. » Il n'y a donc aucun doute sur ce point.

Mais un débiteur, d'ailleurs fort solvable, peut se voir sous le coup d'une saisie mobilière et même immobilière, suivie de vente des objets saisis. Un payement retardé, une faillite éprouvée, une mauvaise récolte, etc., amènent souvent de graves embarras dans la situation de personnes d'ailleurs fort au-dessus de leurs affaires, et que

(1) L'art. 1er du titre VI de cette ordonnance défendait « aux négociants, marchands et autres, de comprendre l'intérêt avec le principal dans la lettre ou billet de change, ou autre acte. »

C'était pour assurer plus pleinement l'effet de la disposition de l'article suivant, qui prohibait l'anatocisme, en disant : « Les négociants, marchands et aucun autre, ne pourront prendre l'intérêt de l'intérêt sous quelque prétexte que ce soit. »

Mais cette dernière disposition a été modifiée par les articles 1154 et 1155, ainsi qu'on l'a vu au tome précédent, nos 494 et suivants.

(2) Code de Hollande, art. 1307.

(3) *Procédure civile*, liv. II, chap. 1er, sect. 1re, § 1er.

(4) *Cours du Code civil*, tome II, sur l'art. 1188.

pour cela on appelle des *riches mal aisés*. Le Code civil lui-même prévoit cette situation dans l'art. 2212 (1), où il est dit que si le débiteur, dont les immeubles ont été saisis, justifie, par baux authentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour le payement de la dette, en capital, frais et intérêts, et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite en expropriation pourra être suspendue par les juges, sauf à être reprise s'il survient quelque opposition ou obstacle au payement. Et l'article 124 du Code de procédure parle *de la vente des biens* d'une manière générale; de sorte que si sa disposition pouvait s'appliquer aussi, quant à ce cas, au débiteur qui a stipulé un terme, une simple saisie-exécution de denrées, de marchandises, ou autres choses mobilières, suivie de la vente, donnerait droit à tous les créanciers avec terme de venir de suite réclamer leur payement, quoique le débiteur justifiât pleinement que, loin d'être en déconfiture, il est encore parfaitement solvable; car il y aurait *vente des biens à la requête d'autres créanciers*, les meubles étant des biens comme les immeubles, et cet article ne faisant aucune distinction relativement à l'espèce de biens vendus. Mais c'est ce que nous ne saurions admettre; en ce point nous pensons que l'interprétation de M. Delvincourt est plus conforme au véritable esprit de cet article. Un débiteur ne doit pas être aussi facilement privé du terme qu'il a stipulé, que d'un simple terme de grâce. Il est clair d'ailleurs que cet article se référant aux deux précédents, statue sur le délai accordé par le juge. Le Code de procédure, en effet, ne doit pas être facilement supposé avoir voulu ajouter aux dispositions du droit ou du Code civil, et le Code civil ne prive pas du bénéfice du terme stipulé le débiteur qui n'est ni en faillite (ni en déconfiture), et qui n'a point par son fait diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. L'art. 180 de la coutume de Paris définissait la déconfiture *l'état d'un débiteur dont les biens meubles et immeubles ne suffisent pas aux créanciers apparents*. Or, encore une fois, une et même plusieurs saisies, quoique suivies de vente, ne prouvent point nécessairement cet état.

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

Si l'on disait que cet article 124 établit une présomption de déconfiture par le seul fait que les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers, et que la déconfiture entraîne la déchéance du terme, même suivant notre propre décision, nous répondrions qu'en admettant que telle ait été l'intention qui a présidé à la rédaction de cet article, il est néanmoins évident, par son rapprochement avec ceux qui le précèdent, qu'il n'a voulu établir cette présomption que relativement au délai de grâce.

Nous sommes forcé de dire la même chose pour le cas où le débiteur est constitué prisonnier, s'il n'est point d'ailleurs en faillite ou en état de déconfiture réelle, et s'il n'a pas non plus diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Et nous ferons remarquer que M. Pigeau qui, ainsi que nous l'avons dit, appliquait indistinctement cet art. 124 aussi bien au cas du terme stipulé qu'au cas du simple délai de grâce, convenait toutefois que l'emprisonnement dont il est parlé dans ce même article, devait s'entendre de l'emprisonnement pour dettes, et non pour délit ou par suite d'accusation. Cela n'est pas douteux; le législateur n'a dû songer qu'à l'emprisonnement pour dettes; il a dû se déterminer par le motif qui lui a fait établir que le débiteur dont les biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, ne peut obtenir un délai, ni jouir de celui qui lui a été accordé, parce que l'emprisonnement pour dettes établit aussi, et même peut-être avec plus de force encore, la présomption de l'insolvabilité du débiteur. Néanmoins comme il est possible en fait que l'emprisonnement soit le résultat d'un moment de gêne occasionnée par des pertes fortuites, si, en réalité, le débiteur n'était ni en faillite ni en déconfiture, et que cela fût démontré, nous croyons qu'il ne devrait pas être privé du délai qu'il aurait stipulé avec ses autres créanciers. Vainement dirait-on que son emprisonnement est une diminution des sûretés qu'il leur avait données par les contrats, en ce qu'il ne peut plus diriger ses affaires comme auparavant; on répondrait que cette diminution des sûretés dont parle la loi, doit s'entendre d'une diminution de sûretés spéciales, et non pas du cas où le créancier a suivi la foi de son débiteur, n'a stipulé aucune sûreté particulière, s'est contenté,

en un mot, de l'obligation ou action personnelle (1); autrement il faudrait aller jusqu'à dire, et à plus forte raison, que la mort du débiteur, lorsqu'elle est le résultat de son fait, rend exigibles ses créances avec terme; que ses héritiers sont privés des délais stipulés, et c'est ce qui n'est établi nulle part dans nos lois. Au surplus, dès que le débiteur est sorti de prison, il n'y a plus lieu de lui appliquer la disposition de cet article 124. En vain les créanciers, même ceux à l'égard desquels il a obtenu un délai de grâce, diraient qu'ils ont acquis le droit d'exiger leur payement, et qu'un fait qui leur est étranger, l'élargissement du débiteur, n'a pas dû le leur enlever; on répondrait que l'article ne parle que du débiteur alors constitué prisonnier : *S'il est constitué prisonnier*, dit cet article; c'est donc une situation actuelle dont il règle l'effet. D'ailleurs la cause n'existant plus, l'effet doit cesser avec elle : *Cessante causa, cessat effectus.*

Quant au cas où le débiteur est contumace, il y a plus de difficulté, toujours en ce qui concerne le terme convenu. Car sa personne n'étant plus là pour répondre de ses engagements, et ses biens étant mis sous le séquestre (art. 471, Code d'inst. crim.), on peut prétendre que son état doit être assimilé à celui d'un débiteur en faillite ou en déconfiture, ou du moins d'un débiteur qui par son fait a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Néanmoins nous ne saurions le décider ainsi à l'égard du terme stipulé, lorsque d'ailleurs la solvabilité du débiteur n'est point douteuse. Les créanciers, lors de l'échéance de leurs créances, pourront tout aussi bien poursuivre leur payement contre le séquestre, que contre le débiteur lui-même. Les biens de celui-ci sont là pour répondre de l'exécution de ses obligations. Son état de contumace n'en commande pas la vente, ainsi que cela a lieu dans le cas de faillite ou de déconfiture, ce qui exigeait par conséquent que les créanciers avec terme, comme les autres, pussent se faire payer, puisque tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. (Art. 2092) (2).

118. Mais dans le cas de faillite, la loi ne distingue pas si la créance est garantie par un gage, une hypothèque ou une caution, ou si elle n'est accompagnée d'aucune de ces sûretés : elle décide indistinctement que la créance est exigible. La cour de Bruxelles, il est vrai, a jugé, le 5 décembre 1811 (3), que la faillite ne rend pas exigibles les créances hypothécaires. La cour s'est fondée sur ce que l'art. 488 du Code de commerce ne prive pas du bénéfice du terme les codébiteurs solidaires de celui qui est tombé en faillite, à la charge par eux de fournir caution du payement à l'échéance. Mais cette disposition, dont nous allons parler, ne fait rien à la question; car dans les dettes solidaires il y a autant de dettes qu'il y a d'obligés, sinon *propter rem*, du moins *propter personas*. L. 9, § 2, ff. *de Duob. reis stip.*

119. Ainsi, lorsque l'un des débiteurs solidaires se trouve déchu du terme parce qu'il est tombé en faillite ou en déconfiture, ce n'est pas une raison pour que les autres en soient pareillement privés; car rien n'empêche, dans les dettes solidaires, que l'un des débiteurs ait un terme et que l'autre n'en ait pas, ou en ait un différent. (Art. 1201) (4). Or tout ce que l'on peut dire à l'égard du débiteur privé du bénéfice du terme, c'est qu'il doit être considéré comme s'il ne lui en avait pas été accordé; mais cela ne fait pas qu'il n'en ait point été accordé aux autres. Et dans les obligations de droit civil, ils ne sont pas obligés pour cela de donner caution du payement à l'échéance; ce serait ajouter à leur engagement. Telle est aussi la décision de Pothier, au n° 256 de son Traité *des Obligations*, où il cite un ancien arrêt qui a jugé en ce sens.

L'art. 448 du Code de commerce dit bien pareillement qu'à l'égard des effets de commerce par lesquels le failli se trouvera être l'un des obligés, les autres ne sont point tenus de payer immédiatement, mais cet article y met toutefois cette condition : *s'ils n'aiment mieux donner caution pour le payement à l'échéance*; tandis que nous décidons que, dans les obligations solidaires de droit civil les autres débiteurs ne sont même pas tenus de fournir cette caution. En effet, la disposi-

(1) *Voyez* à l'appui de ce raisonnement un arrêt de la cour d'Aix, du 16 août 1811. (Sirey, 13, II, 126.)

(2) Code de Hollande, art. 1177.

(3) *Journal de Jurisprudence du Code civil*, tome XVIII, page 127.

(4) Code de Hollande, art. 1317.

tion de cet art. 448, qui soumet les autres débiteurs solidaires à la donner, s'ils n'aiment mieux payer de suite, est particulière au commerce, qui demande la plus grande confiance, et par conséquent tout ce qui peut assurer l'exécution des engagements à leur échéance. Aussi ne voyons-nous point de dispositions semblables dans le Code civil.

120. On doit décider la même chose, et par les mêmes motifs, dans le cas de cautionnement d'obligations civiles : la caution doit jouir du bénéfice du terme stipulé, quoique le débiteur en soit privé par sa faillite ou sa déconfiture ; car elle peut avoir un terme quoique le débiteur n'en ait pas, ou en avoir un plus long que celui qui a été accordé à ce dernier ; par conséquent rien ne s'oppose à ce qu'elle conserve celui en considération duquel elle s'est engagée, quoique le débiteur se soit mis par son fait dans le cas d'en être privé ; elle a répondu seulement du payement au terme convenu. Tout ce qui rend la dette exigible à l'égard du débiteur, ne la rend pas exigible également à l'égard de la caution : par exemple, la renonciation que le premier ferait du bénéfice du terme par une nouvelle convention rendrait bien la dette exigible par rapport à lui, mais non par rapport à la caution, qui ne s'est obligée que sous la condition du terme, on doit du moins le supposer. L'obligation d'une caution ne saurait être plus onéreuse à cet égard que celle d'un codébiteur solidaire.

Toutefois, on devrait peut-être décider que la caution est également déchue du bénéfice du terme, si elle n'aime mieux donner des sûretés, lorsque le débiteur en est déchu lui-même pour avoir diminué celles qu'il avait données par le contrat au créancier ; car la caution répond évidemment des faits du débiteur sous ce rapport, et dès que celui-ci doit payer de suite à raison de ces mêmes faits, il serait assez dans la nature du cautionnement que la caution pût y être pareillement assujettie, à moins, comme nous venons de le dire, qu'elle n'offrît au créancier des sûretés propres à garantir le payement à l'échéance, au cas où le débiteur principal ne payerait pas.

121. Nous avons dit que le débiteur, qui par son fait a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, est déchu du bénéfice du terme ; tel serait le cas où celui qui aurait hypothéqué une futaie ou une maison, couperait la futaie ou démolirait la maison ; il pourrait être contraint de suite au remboursement. Il n'aurait pas le droit de se prévaloir de l'art. 2131 (1), pour, en offrant un supplément d'hypothèque, jouir encore du bénéfice du terme. Cet article porte que, « en cas que l'immeuble ou les immeubles « présents assujettis à l'hypothèque, eussent péri « ou subi des dégradations, de manière qu'ils « fussent devenus insuffisants pour la sûreté du « créancier, celui-ci pourra poursuivre dès à pré- « sent son remboursement, ou obtenir un supplé- « ment d'hypothèque. » Ici l'on suppose que la perte ou les dégradations de l'immeuble sont l'effet d'un cas fortuit, et alors le débiteur a le choix, ou de fournir un supplément d'hypothèque, ou de rembourser dès à présent la dette. Mais il doit faire l'un ou l'autre, si le créancier l'exige, parce que celui-ci n'a traité que sur la foi d'une hypothèque : aussi cette disposition s'applique-t-elle seulement aux hypothèques conventionnelles, ainsi que l'indique la rubrique de la section sous laquelle elle est placée. Mais quand c'est par son fait que le débiteur a détruit le gage qu'il avait donné à son créancier, alors sa mauvaise foi lui rend applicable notre article 1188, qui prononce purement et simplement la déchéance du terme : le créancier peut se refuser à recevoir une hypothèque sur d'autres biens que ceux qui ont été convenus. S'il en est autrement lorsque c'est par suite d'événements de force majeure que l'hypothèque ne présente plus les sûretés suffisantes, c'est que la loi n'a pas dû priver du bénéfice du terme le débiteur malheureux et de bonne foi : c'est déjà beaucoup, et peut-être trop, qu'il en soit privé quand il ne peut pas offrir un supplément d'hypothèque.

122. Celui qui n'a obtenu un terme de son créancier que par le moyen d'une fraude, par exemple par l'emploi d'un moyen qui, aux yeux de la loi, constituerait un stellionat, doit être considéré comme si ce terme ne lui avait pas été accordé (2).

(1) Code de Hollande, art. 1222.

(2) *Sic* jugé par la cour de Pau, le 3 juillet 1807. (Sirey tome XIV, part. II, page 256.)

123. Et le débiteur qui ne donne pas les sûretés promises par le contrat, quoique par impuissance, doit être assimilé au débiteur qui a détruit ou diminué par son fait celles qu'il avait données par le contrat à son créancier (1). Les articles 1912, n° 2, et 1977 (2), fournissent un argument décisif en faveur de cette solution. Tel serait le cas où un débiteur ayant promis pour caution une personne désignée, cette personne ne voudrait pas s'obliger pour lui.

124. Un donataire d'immeubles par avancement d'hoirie, qui les a conventionnellement hypothéqués, et qui ensuite accepte la succession du donataire, se soumet par cela même au rapport des biens (art. 843) (3), et ces mêmes biens rentrent dans la masse francs et quittes de toutes charges et hypothèques créées par lui (art. 865), sauf la faculté qu'ont les créanciers d'intervenir au partage pour s'opposer à ce qu'il soit fait en fraude de leurs droits. (*Ibid.*) Si donc le partage attribue ces immeubles à un autre héritier (4), il est vrai de dire que, par son acceptation de la succession, le donataire a détruit les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier en lui consentant des hypothèques sur ces mêmes biens, et par conséquent qu'il est déchu du bénéfice du terme. On peut même dire que, par le fait seul de son acceptation de la succession et avant le partage, il est dans le cas d'être privé du terme, attendu l'incertitude sur l'effet de ce partage. Cette incertitude est par elle-même une diminution des sûretés du créancier hypothécaire.

125. Les décisions ci-dessus ne sont toutefois généralement point applicables au cas d'hypothèque légale ou judiciaire : l'article 1188 parle de la diminution des sûretés données *par le contrat*, ce qui doit s'entendre généralement de sûretés spéciales, et non de l'hypothèque établie par la loi ou résultant seulement d'un jugement. Dans ces cas, ce n'est point le débiteur qui consent l'hypothèque, du moins il ne la consent qu'indirectement, d'une manière médiate, tandis que l'article entend évidemment parler de sûretés consenties directement, par le contrat lui-même, et sans lesquelles le créancier n'aurait pas traité; du moins telle est notre opinion.

126. On a jugé plusieurs fois (5) que, dès que le débiteur aliène un des immeubles conventionnellement hypothéqués à la dette, si le prix de l'aliénation ne suffit point pour payer la créance hypothécaire en totalité, le créancier est en droit d'exiger son remboursement dès à présent, attendu que le débiteur, en aliénant, a mis ce créancier, au cas où l'acquéreur voudrait purger l'hypothèque, dans la nécessité de recevoir un payement partiel, contre la disposition de l'article 1244 (6), et que c'est là une diminution des droits du créancier. A la vérité, celui-ci a la faculté de surenchérir ; mais, d'abord, ce n'est là qu'une faculté, dont on n'a pu lui faire une obligation ; ensuite, le prix offert n'est peut-être pas susceptible de surenchère, et la surenchère ne le porterait peut-être pas non plus à une somme suffisante pour acquitter la créance en totalité.

Dans l'espèce jugée par la cour d'Amiens, dont la décision a été confirmée par la cour de cassation, il y avait même cela de remarquable, que l'hypothèque, établie par un contrat ancien, avait lieu sur des immeubles vendus moyennant 170,000 francs payables à terme, et pour sûreté de ce prix ; que l'acquéreur avait seulement détaché pour 4,000 fr. de ces mêmes biens, et que le vendeur, sur la purge de l'acquéreur partiel, avait touché les 4,000 fr. ; en sorte que si son gage se trouvait diminué par l'effet de cette vente suivie de la purge, la créance avait aussi diminué dans la même proportion. Nonobstant ces circonstances, la cour, se fondant sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, consacré par l'art. 2114 du Code, et qui existait également dans l'ancien droit (7), a prononcé la

(1) Arrêt de la cour de Paris, du 2 mai 1811. *Journal du palais*, 2e semestre 1811, page 198.

(2) Code de Hollande, art. 1818.

(3) Ibid., art. 1132.

(4) Car s'ils tombaient à son lot, les hypothèques consenties par lui seraient maintenues, et à leur date primitive, en vertu de l'art. 883. C'est ce que nous avons dit en traitant *des rapports*, au tome VII, n° 404. — (5) *Voyez* l'arrêt de la cour d'Amiens du 9 juin 1808, et celui de rejet du 9 janvier 1810. (Sirey, 1812, I, 139) ; celui de cassation du 4 mai 1812. (Sirey, 1812, I, 131.)

(6) Code de Hollande, art. 1244.

(7) L. 19, ff. *de Pignorib. et hypoth.* L. 65, ff. *de Evictionibus.*

déchéance du terme stipulé par l'acquéreur. C'est une décision bien rigoureuse, il faut l'avouer. La cour s'est au surplus attachée à la circonstance que l'hypothèque était conventionnelle ; elle en a fait formellement mention dans les motifs de l'arrêt.

Et dans l'espèce de celui de cassation, également cité ci-dessus, tous les biens avaient été vendus, mais à divers et partiellement, et les acquéreurs ne s'étaient même pas encore mis en mesure de purger les hypothèques lorsque le créancier a réclamé le remboursement de sa créance, qui n'avait aucun terme d'exigibilité, qui était en quelque sorte une rente constituée en perpétuel. L'on s'est fondé sur ce que chacun de ces acquéreurs ayant le droit de purger, le créancier était par cela même exposé à recevoir des payements partiels.

Ainsi, d'après cette jurisprudence, la vente ou donation de partie des objets hypothéqués conventionnellement, ou la vente ou donation de la totalité de ces biens à plusieurs, et partiellement, emporte la déchéance du terme stipulé par le débiteur, même avant que l'acquéreur se soit mis en demeure de purger.

127. Mais lorsque l'aliénation a lieu de la totalité des objets pour un seul et même prix, le créancier, qui a le droit de suite contre l'acquéreur (articles 2114 et 2166) (1), n'a plus de prétexte de se plaindre. Son action hypothécaire aura le même résultat que si les biens étaient encore dans la main du débiteur. Celui-ci, en hypothéquant, ne s'est point interdit la faculté d'aliéner : aussi l'art. 2167 (2) porte-t-il que le tiers détenteur qui ne purge pas jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire ; ce qui suppose par conséquent que ce dernier n'en est pas privé par le seul fait de l'aliénation.

128. Toutefois, pour concilier ce droit d'aliéner et ce que réclament l'équité et l'intérêt général, d'une part, avec les effets de l'indivisibilité de l'hypothèque et le droit qu'a le créancier de pouvoir se refuser à recevoir un payement partiel, d'autre part, l'on ne devrait déclarer le débiteur déchu du bénéfice du terme, quand il a aliéné partiellement les immeubles hypothéqués, ou quelques-uns d'entre eux, que lorsqu'un des acquéreurs se mettrait en mesure de purger son acquisition et ferait les actes nécessaires à cet effet. Car, jusque-là, le créancier n'éprouve pas l'inconvénient, si exagéré, d'un payement partiel, et peut-être ne l'éprouvera-t-il point du tout. Ses droits ne souffriraient par là aucune atteinte : le remède serait alors aussi efficace que maintenant. On ne priverait pas de la sorte un propriétaire de la faculté d'aliéner une partie de ses immeubles, aliénation qui peut souvent être nécessaire, soit pour établir un enfant, soit pour toute autre cause ; et c'est cependant ce qu'il n'osera faire, dans la crainte d'être forcé au remboursement de sa dette avant l'échéance, ce qui est non-seulement un véritable mal pour lui en comparaison du mal à peu près chimérique dont se plaint le créancier, mais encore un véritable préjudice pour le bien public, qui est intéressé à ce que la circulation des propriétés ne soit pas entravée par d'aussi faibles motifs.

129. Au surplus, même dans l'état actuel de la jurisprudence sur ce point, il faut tenir pour constant que le débiteur, tout en faisant une aliénation partielle des biens hypothéqués conventionnellement, peut prévenir la déchéance du terme qu'il a stipulé. Pour cela, il doit convenir avec son acquéreur que celui-ci ne purgera pas avant telle époque; et cette convention n'ayant rien de contraire aux lois, elle recevrait son exécution. (Art. 1134) (3). Le créancier n'aurait plus alors le prétexte de dire qu'il est exposé à un remboursement partiel au cas où l'acquéreur voudrait purger, puisque celui-ci ne pourrait le faire avant l'échéance du terme, et que s'il ne purge effectivement qu'après le terme et si le débiteur ne paye pas, l'aliénation avant le terme devient une chose indifférente : c'est comme si elle avait eu lieu depuis l'échéance de la dette.

En outre, même hors le cas de cette convention, si le prix de vente de la partie aliénée suffisait pleinement pour solder la créance avec ses accessoires, le créancier n'aurait non plus aucun

(1) Code de Hollande, art. 1208, 1209 et 1242.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(3) Code de Hollande, art. 1374.

prétexte de se plaindre : il ne serait point exposé à recevoir un payement partiel au cas où l'acquéreur voudrait purger l'hypothèque, puisqu'il y aurait de quoi le payer intégralement, on le suppose.

130. Quant aux rentes constituées en perpétuel, le débiteur peut être contraint au rachat, 1° s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années (consécutives) ; 2° s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat. (Art. 1912.)

Et le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur. (Art. 1913) (1).

131. On a aussi jugé plusieurs fois (2) que le remboursement du capital d'une rente constituée en perpétuel devient exigible par la cessation du service de la rente pendant deux années consécutives, quoique la rente eût été constituée avant le Code, si toutefois la cessation du service pendant les deux années a eu lieu sous le Code. On a fondé cette jurisprudence principalement sur ce que le Code régit les faits qui se sont passés sous son empire, et qu'il a pu y attacher, sans vice de rétroactivité, les effets jugés utiles dans l'intérêt général ; que le débiteur étant averti par la promulgation de l'article 1912 des effets de l'inexécution de ses obligations, c'est à lui qu'il doit imputer la nécessité où il se trouve de rembourser le capital de la rente ; que dans tous les temps la condition résolutoire a été tacitement écrite dans les conventions synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à son engagement, et que le Code n'avait fait, à l'égard des rentes, que déterminer seulement un temps passé lequel la résolution du contrat, et par suite le remboursement du capital, pourraient être demandés. On pourrait toutefois répondre à cela que, dans l'ancienne jurisprudence, le seul fait du non-payement des arrérages de la rente pendant deux années ne donnait pas lieu à l'application de ce principe ; que les parties le savaient en contractant, et qu'en l'appliquant aujourd'hui à un contrat ancien, on donne réellement à la loi nouvelle un effet que la loi ancienne n'aurait pas produit à l'égard de ce même contrat, par conséquent un effet rétroactif. Mais nous discuterons ce point avec plus d'étendue lorsque nous traiterons *des rentes constituées*.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

SOMMAIRE.

132. *Ce qu'on entend par obligations alternatives.*
133. *Suite.*
134. *Suite.*
135. *Suite.*
136. *De droit commun, le choix appartient au débiteur.*
137. *Exception à la règle.*
138. *Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir partie de l'une des deux choses et partie de l'autre.*
139. *Et ses héritiers doivent s'accorder pour payer l'une ou l'autre en son entier.*
140. *Observations sur les legs de prestations annuelles.*
141. *Et sur les stipulations de cette espèce.*
142. *Dans certains cas l'obligation, quoique conçue d'une manière alternative, est déterminée à une seule chose,*
143. *Ou devient déterminée à cette chose.*
144. *Vice d'une des dispositions de l'art.* 1193.
145. *Si le débiteur a fait des offres régulières de l'une des deux choses, il est libéré.*
146. *Comment doit être conçue la demande dans le cas où le choix est au débiteur.*
147. *Cas où le choix appartient au créancier, et dispositions de l'art.* 1194.
148. *Suite et observations.*
149. *Si les deux choses ont péri sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure, l'obligation est éteinte.*
150. *Suite et observation.*
151. *Différence, en ce qui concerne la perte des choses, de l'obligation alternative d'avec la vente faite au compte, au poids ou à la mesure.*

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) *Voyez* notamment l'arrêt de la cour d'Orléans, du 13 mars 1810 (*Journal de jurisprudence du Code civil,* tome XV, p. 14); celui de la même cour, du 23 juillet 1817, confirmé par la cour de cassation, le 10 novembre 1818. (Sirey, 19, 1, 273.) Nous avons déjà eu occasion de les citer, tome I[er], n° 64, en expliquant l'art. 2 du Code.

152. *On suit les mêmes règles lorsque l'obligation alternative comprend plus de deux choses.*
153. *Ce qu'on entend par obligations* facultatives.
154. *Importante différence.*
155. *Il faut surtout s'attacher à l'intention des parties ou du disposant, pour voir si l'obligation est alternative ou facultative.*
156. *Comment doit être conçue la demande dans ces dernières.*
157. *Autres différences entre ces diverses obligations quant aux effets.*

132. Quelquefois l'obligation comprend plusieurs choses, non pas comme devant être toutes payées, mais seulement comme devant l'être les unes à défaut des autres, de manière que le payement de l'une ou plusieurs d'entre elles éteint la dette. (Art. 1189) (1).

C'est ce que l'on nomme obligations *alternatives,* obligations qu'il ne faut pas confondre avec celles que, dans la doctrine, on nomme obligations *facultatives,* car les effets en sont fort différents sous plusieurs rapports, ainsi qu'on le verra plus bas.

133. Pour qu'une obligation soit alternative, il faut que les différentes choses qui y sont comprises soient désignées sous une particule disjonctive : par exemple, le cheval rouge *ou* le cheval blanc ; car s'il était dit : le cheval rouge ET le cheval blanc, les deux chevaux seraient dus tous deux et devraient être payés tous deux (2).

134. Au reste, s'il s'agissait de deux différentes sommes d'argent, ou de deux différentes qualités de choses de même espèce, comme cent francs *ou* cinquante francs, vingt *ou* dix hectolitres de froment, l'obligation serait pure et simple, et seulement de la somme ou de la quantité moindre ; elle ne comprendrait que cela, quel que fût l'ordre dans lequel l'on aurait désigné les sommes ou les quantités. L. 12, ff. *de Verb. oblig.*

Il en serait de même s'il était dit : Promettez-vous de me payer cent au mois de janvier ou au mois de février prochain? C'est comme si l'on avait promis pour le terme le plus avantageux au débiteur, par conséquent pour le plus long. (Même loi.)

135. L'obligation alternative peut non-seulement comprendre différentes choses, mais aussi différents faits, ou bien des faits et des choses. Il faut toutefois ne pas confondre l'obligation alternative et l'obligation avec clause pénale; nous ferons ressortir les différences, en parlant de cette dernière.

136. Le choix appartient au débiteur; s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. (Art. 1190) (3).

Cela a même lieu dans les ventes (4), nonobstant la règle que tout pacte obscur s'interprète contre le vendeur. (Art. 1602) (5).

137. Il arrive néanmoins quelquefois dans les legs que le choix appartient au légataire, par conséquent au créancier, quoique le testateur ne le lui ait pas attribué par une déclaration expresse; mais c'est lorsqu'il a fait le legs en des termes qui ne laissent aucun doute sur sa volonté à ce sujet : par exemple, s'il a dit : Monsieur un tel *prendra* mon cheval rouge ou mon cheval blanc. Au lieu que s'il eût dit simplement : Je lègue à monsieur un tel mon cheval rouge ou mon cheval blanc, l'héritier aurait eu le choix (6).

Et, nonobstant la disposition générale de l'article 1190, il n'est pas douteux non plus, selon nous du moins, que le choix pourrait aussi, dans les contrats, appartenir au créancier, quoiqu'il ne lui eût pas été accordé en termes exprès : par exemple, comme dans le cas du legs, s'il était dit que le créancier *prendra,* ou *pourra prendre* le cheval rouge ou le cheval blanc, cette expression *prendra* ou *pourra prendre,* lui attribuerait le choix; car pour *prendre,* il faut qu'il choisisse. Ici, il ne *reçoit* pas, il *prend,* et chacune des choses est non-seulement *in obligatione et in solutione,* mais

(1) Code de Hollande, art. 1318.

(2) Dans ce cas, il y a même autant de stipulations qu'il y a de choses spécifiées dans la convention. L. 29, *princip.* ff. *de Verb. oblig ;* au lieu que la convention de livrer un attelage ne forme qu'une seule stipulation, parce qu'elle n'a qu'un seul *objet,* quoiqu'il y ait plusieurs *individus* compris dans cet objet. (même loi.) — (3) Code de Hollande, art. 1309.

(4) L. 34, § 6, ff. *de Contrah. empt.*

(5) Code de Hollande, art. 1509.

(6) *Voyez* tome IX, nos 259 et suivants.

encore *in petitione*, de manière néanmoins que l'une d'elles seulement peut être exigée, une seule doit être payée.

138. Quand le débiteur a le choix, et c'est le droit commun, il se libère bien en livrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut forcer le créancier à recevoir partie de l'une et partie de l'autre (art. 1191) (1), encore qu'il offrît les deux parties en même temps.

Par la même raison, si le choix appartenait au créancier, celui-ci ne pourrait exiger partie de l'une des deux choses et partie de l'autre.

139. Et quoique chacun des héritiers du débiteur ne doive que sa part héréditaire dans les dettes divisibles (art. 1220), néanmoins l'un d'eux ne pourrait forcer le créancier à recevoir sa part dans la chose qu'il voudrait payer, et l'autre héritier sa part dans celle qu'il choisirait : ils devraient s'accorder sur l'une des choses dues, et alors chacun d'eux ne devant que sa part dans cette chose, pourrait l'offrir au créancier. Par exemple, s'il était dû 600 francs ou cent mesures de blé, l'un des héritiers ne pourrait, contre le gré du créancier, payer une partie de la somme, et l'autre une partie du blé : autrement le créancier recevrait, contre la loi du contrat, et contre la disposition de la loi générale, partie d'une chose et partie d'une autre, quand il en a stipulé une entière. Comme le débiteur n'eût pu se libérer de cette manière, ses héritiers, qui n'ont que ses droits, ne le peuvent pas davantage, nonobstant la division des dettes entre eux ; car cette division n'en change pas la nature (2). Si c'était le créancier qui fût mort laissant plusieurs héritiers, le débiteur ne pourrait non plus, contre leur gré, payer à l'un partie de l'une des deux choses, et à l'autre partie de l'autre chose (3).

Vice versa, si le choix appartient au créancier, il ne peut demander à l'un des héritiers du débiteur sa part dans l'une des choses, et à un autre héritier sa part dans l'autre objet : il doit demander à chacun d'eux sa part dans la même chose. S'il est mort, ses héritiers ne peuvent aussi demander que l'une des deux choses, et chacun pour sa part, soit qu'ils agissent contre le débiteur, soit qu'ils agissent contre ses héritiers. Nous reviendrons encore sur ces points en parlant des obligations divisibles et indivisibles.

140. Dans les legs de prestations annuelles, il y a autant de legs que d'années (4), à moins que l'intention du testateur qui a légué une somme payable en plusieurs années, n'ait été seulement, en la divisant, de donner des facilités à l'héritier pour la solder, auquel cas il n'y aurait qu'un seul legs (5). D'où il suit que, dans le legs d'annuités, le legs est pur et simple pour la première année, et s'ouvre par conséquent au jour du décès du testateur, même pour toute la pension de cette année, quoique le légataire mourût avant la fin de l'année (6), à moins toutefois que le testateur n'ait eu l'intention de léguer viagèrement jour par jour; et le legs est conditionnel pour chacune des années suivantes, comme s'il était fait expressément sous cette condition : *Si le légataire vit au commencement de cette année ;* en sorte que s'il meurt avant cette époque, il ne transmet plus rien du legs à ses héritiers (7).

D'où il suit aussi que si le legs est sous une alternative, par exemple, 100 francs ou vingt mesures de froment chaque année, ou tous les ans pendant dix années (ou pendant la vie du légataire, ou de l'héritier, ou d'un tiers, ou jusqu'à ce que tel événement arrive), l'héritier, si le choix n'a pas été réservé au légataire, pourra payer tantôt les 100 francs, tantôt les vingt mesures de blé, et varier ainsi dans son choix chaque année. Par la même raison, le légataire, si le choix lui appartient, peut varier aussi chaque année ; il suffit seulement que le débiteur du legs ou ses héritiers n'offrent pas partie de l'une des deux choses, et partie de l'autre, et que le légataire ne demande pas non plus partie de l'une et partie de l'autre.

141. Mais dans les stipulations de prestations

(1) Code de Hollande, art. 1308.
(2) L. 26, § 14, ff. *de Cond. indeb.*, et L. 85, § 4, ff. *de Verb. oblig.*
(3) L. 26, § 14, ff. *de Condict. indeb.* précitée.
(4) L. 4, ff. *de Annuis legatis ;* voyez aussi L. 1, § 16, ff. *ad Legem falcidiam ;* et L. 10, ff. *Quando dies legati cedat.*
(5) L. 12, § 4, ff. *Quando dies legat.*
(6) L. 22, *eod. tit.*, par argument.
(7) L. 4. ff. *de Annuis legat.* précitée.

annuelles *in singulos annos*, les jurisconsultes romains ne voyaient, au contraire, qu'une seule stipulation, qui passait entière aux héritiers du stipulant (1), à moins, bien entendu, que l'effet n'en eût été restreint à la personne, en ce sens qu'il n'y aurait de dû seulement que ce qui écherrait pendant sa vie : d'où il faut tirer la conséque, dans l'hypothèse où l'obligation de prestations annuelles serait alternative, *puta* de 100 fr. ou vingt mesures de blé chaque année pendant dix ans (ou pendant la vie du débiteur ou du créancier, ou d'un tiers, le débiteur, ou le créancier si le choix lui appartenait, ne pourrait alterner, et qu'ainsi le premier payement déterminerait la chose due, et qui devrait ainsi être payée dans la suite, à moins de convention contraire.

142. Comme l'obligation, pour être réellement alternative, doit comprendre plusieurs choses, et disjonctivement, il s'ensuit que si l'une d'elles ne pouvait être la matière de l'obligation, cette obligation est pure et simple, c'est-à-dire déterminée uniquement à l'autre chose. (Art. 1192) (2). Tel est le cas où l'une de ces choses se trouvait avoir péri au moment du contrat, ou était hors du commerce pour une autre cause. Tel est le cas aussi où l'une des deux choses appartenait déjà au créancier; et lors même, dans ce cas, qu'elle aurait cessé de lui appartenir, le débiteur qui l'aurait ensuite acquise ne pourrait l'offrir au créancier (3). Il en serait autrement si la stipulation était d'une chose en général, par exemple d'un cheval indéterminément : le débiteur pourrait offrir au créancier un des chevaux qui appartenaient à ce dernier au temps de la convention, et qu'il aurait ensuite acquis (4).

143. Et l'obligation contractée d'abord sous une alternative devient pure et simple, si l'une des deux choses qui y étaient comprises vient à périr et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. (Art. 1193) (5). Il en est de même si, par quelque cause que ce soit, le créancier devient propriétaire de l'une des deux choses : dans ce cas aussi l'obligation demeure déterminée à l'autre (6).

Le débiteur, quoiqu'il eût le choix, ne peut offrir à la place de la chose qui reste, le prix de celle qui ne peut plus être livrée, quoiqu'elle eût péri sans sa faute; le choix est perdu pour lui. Néanmoins Cujas, sur la loi 95, ff. *de Solut.*, décide le contraire; il cite à l'appui de sa décision la loi 47, § 3, ff. *de Legatis* 1°, qui, en effet, semble attribuer encore le choix au débiteur; tandis que les lois 95, § 1, ff. *de Solut.;* 34, § 6, ff. *de Contrah. empt.*, et 2, § 3, ff. *de Eo quod certo loco*, veulent que la chose qui reste soit livrée. Mais Cujas prétend que ces lois statuent sur le cas seulement où le débiteur a fait périr la chose, et non sur celui où elle a péri par force majeure, bien qu'elles ne fassent aucune distinction à cet égard. Quoi qu'il en soit, il est évident que le Code s'est éloigné en ce point de la décision de la première des lois romaines ci-dessus citées, telle que Cujas l'a interprétée.

Mais, dira-t-on, pourquoi le choix entre le prix de la chose qui a péri et la chose qui reste, est-il enlevé au débiteur? car, lorsque l'obligation est déterminée à un objet qui a péri par la faute du débiteur, celui-ci se libère cependant par le payement des dommages-intérêts, et il en est même ainsi dans l'obligation alternative lorsque les deux choses sont venues à périr et qu'il est même en faute à l'égard de l'une d'elles seulement. On répond que c'est alors le seul moyen qu'ait le créancier pour tirer avantage de la convention : *Quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est* (7). Au lieu que, dans l'espèce, il reste encore une des choses comprises dans l'obligation, et cette chose, comme promise aussi, devait être livrée à défaut de l'autre. Le raisonnement du débiteur conduirait d'ailleurs à cette conséquence absurde, qu'il doit même être tout à fait libéré, si l'une des deux choses est venue à périr par cas fortuit; car, comme il n'en peut pas devoir le prix, l'obligation serait évidemment éteinte, s'il était admis à dire que c'est cette chose qu'il a entendu livrer, parce qu'il l'eût pu en effet si elle n'eût pas péri.

(1) L. 16, § 1, *de Verb. oblig.*
(2) Code de Hollande, art. 1310.
(3) L. 72, § 4, ff. *de Solutionibus.*
(4) Idem.
(5) Code de Hollande, art. 1311.
(6) L. 16, *princip.* ff. *de Verb. oblig.*
(7) L. 95, § 1, *de Solut.* précitée.

Or, cela serait absolument contraire à la nature des obligations alternatives, lesquelles comprennent, comme objet, toutes les choses qui y sont mentionnées.

Mais, d'un autre côté, et quoique le débiteur eût fait périr l'une des choses par sa faute, le créancier, qui n'a pas le choix, on le suppose, ne peut exiger le prix de cette chose à la place de l'autre qui vaudrait moins, quand bien même celle-ci serait venue à périr ensuite. Dans ce cas ce serait le prix de celle qui a péri la dernière qui serait dû. (Art. 1193.) Vainement dirait-il que si le débiteur n'eût pas fait périr la première, elle se serait trouvée seule ensuite dans l'obligation, et qu'elle aurait dû lui être livrée ; le débiteur a pu déterminer son choix même avant l'époque du payement, et c'est ce qu'il a fait en laissant périr l'une des choses, se soumettant ainsi à livrer l'autre : il n'était point tenu de payer celle qu'il a laissée périr.

144. Toutefois, la seconde disposition de cet article 1193 (1) mérite une explication : elle porte que, « si les deux choses sont péries, « et que le débiteur soit en faute à l'égard de « l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui « a péri la dernière. »

Cette décision est fort juste lorsque la dernière chose qui a péri valait moins que la première, et même lorsqu'elle valait plus, mais qu'elle a péri par la faute du débiteur, ou depuis sa mise en demeure ; mais cette même décision n'est point conforme aux principes lorsque c'est, au contraire, la dernière chose périe qui avait le plus de valeur et qu'elle a péri par cas fortuit. Car, à quoi le débiteur doit-il être tenu pour sa faute ? A réparer le dommage qu'il a causé ; et en quoi consiste ce dommage ? Dans la valeur de la chose qu'il a fait périr, et non dans la valeur de celle qui a péri la dernière et par cas fortuit. Sans doute, par sa faute il s'est privé du choix, mais voilà tout. Aussi faut-il entendre la disposition avec cette distinction, tous les principes la réclament ; d'ailleurs l'article ne la repousse pas. Et si les deux choses ont péri en même temps par la faute du débiteur, ou depuis qu'il a été mis en demeure, il peut payer le prix de l'une ou de l'autre, à son choix ; car, dans ce cas, l'obligation n'a jamais été déterminée à l'une d'elles spécialement.

145. De plus, la première disposition de l'article doit être entendue avec ce tempérament réclamé aussi par le droit commun, que, si le débiteur a offert l'une des deux choses au créancier, et si celle qu'il a offerte est venue à périr ensuite par cas fortuit, il n'est point obligé de livrer l'autre, ni le prix de cette dernière, quand même elle serait venue à périr par son fait. Par les offres de l'une des deux choses, l'obligation a été déterminée à celle qui a été offerte, et la perte de cette chose a libéré le débiteur (2).

146. L'exploit de demande, pour être régulièrement conçu, doit comprendre toutes les choses désignées dans l'obligation, avec déclaration au débiteur qu'il peut se libérer par le payement de l'une d'elles, à son choix.

Voilà pour le cas où le choix appartient au débiteur ; voyons maintenant celui où il a été attribué au créancier.

147. Ou l'une des choses seulement a péri, et alors si c'est sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure de la livrer, le créancier doit avoir celle qui reste, et ne peut demander que cela. (Art. 1194) (3).

Si le débiteur est en faute ou a été en retard (quand d'ailleurs la chose n'aurait pas dû également périr chez le créancier, si elle lui avait été livrée, article 1302) (4), le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui a péri, à son choix. (*Ibid.*)

Ou les deux choses ont péri, et alors si le débiteur est en faute à l'égard des deux, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre, aussi à son choix. (*Ibid.*)

148. L'article porte la même décision pour le cas où le débiteur est en faute à l'égard de *l'une d'elles seulement ;* mais cela est encore contraire aux principes : le créancier, dans ce cas,

(1) Code de Hollande, art. 1311.

(2) L. 105, ff. *de Verb. oblig.* Cujas, sur la loi 95, ff. *de Solutionibus.*

(3) Code de Hollande, art. 1312.

(4) Ibid., art. 1480.

ne doit pouvoir demander le prix que de la chose seulement à l'égard de laquelle le débiteur est en faute ou en demeure, qu'elle soit ou non la plus précieuse, et non pas le prix de celle qui a péri par cas fortuit sans que ce dernier ait été en retard de la délivrer. Là se borne la réparation du tort que le débiteur lui a causé par sa faute. Celui-ci ne peut raisonnablement devoir le prix d'une chose qui a péri par cas fortuit, bien qu'il soit en faute à l'égard de l'autre chose; car il doit réparer seulement le tort qu'il a causé, et le réparer entièrement; or il n'a causé de tort au créancier que par rapport à la chose à l'égard de laquelle il était en faute ou en demeure.

Il n'y a même aucune distinction à faire à ce sujet entre le cas où celle qui a péri par force majeure et avant que le débiteur fût en demeure de la délivrer, a péri la dernière, et le cas où cette chose a péri la première : dans toutes les hypothèses, le débiteur ne peut devoir la réparation que du tort qu'il a causé. Il n'a pu sans doute priver le créancier de son droit de choisir, mais ce n'est pas lui qui l'en a privé, c'est la force majeure, dont on ne répond pas plus dans les obligations alternatives que dans les autres, à moins de stipulation contraire.

149. Si les deux choses ont péri sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302; et cela, soit que le choix appartînt au créancier, soit qu'il appartînt au débiteur.

Elle serait pareillement éteinte, et conformément au même article, par la perte des deux choses arrivée par cas fortuit, encore qu'elles eussent péri depuis la mise en demeure du débiteur, si l'une et l'autre indistinctement eût dû également périr chez le créancier, au cas où elle lui aurait été délivrée.

150. Ainsi, dans le cas où les deux choses périssent par force majeure, et en différents temps, celle qui périt la première périt nécessairement pour le débiteur, soit qu'il ait le choix, soit que ce choix ait été réservé au créancier. Mais celle qui périt la dernière, périt pour le créancier, qui n'en doit pas moins le prix si la convention est à titre onéreux, par exemple si c'est une vente; et il en est de même si les deux choses périssent en même temps. L. 34, § 6, ff. *de Contrah. empt.*

151. Il ne faut pas en effet assimiler une vente faite sous une alternative, même au choix du vendeur, à une vente de choses vendues au compte, au poids ou à la mesure : dans celle-ci, la perte de toutes les choses, tant qu'elles ne sont pas comptées, pesées ou mesurées, est supportée par le vendeur (art. 1585) (1), parce que jusque-là l'on ne sait pas ce qui a été vendu, *quid, quale, quantum veniit*, ce qui rend la vente conditionnelle (2). Au lieu que dans la vente sous une alternative, la perte par cas fortuit des deux choses comprises dans la vente est supportée par l'acheteur quant à l'une d'elles, parce que l'on sait, dès la vente, ce qui a été vendu, quoique l'on ne sache pas encore ce qui sera livré; sauf, bien entendu, le cas où la vente serait faite aussi sous une condition suspensive, et que les choses périraient toutes deux *pendente conditione :* car alors elles périraient toutes deux pour le vendeur, conformément à l'art. 1182.

152. Lorsque l'obligation alternative comprend plus de deux choses, on suit les mêmes règles (article 1196) (3), soit que le choix appartienne au créancier, soit qu'il appartienne au débiteur.

153. Il nous reste à observer les différences qui existent entre les obligations dites *facultatives* et les obligations alternatives.

On entend par obligations *facultatives* celles qui ont une ou plusieurs choses pour objet, avec faculté pour le débiteur de payer une somme ou une autre chose à la place de celle ou de celles qui sont dues, mais sans que cette somme ou cette chose soit comprise dans l'obligation comme objet, comme chose due. Au lieu que, dans les obligations alternatives, toutes les choses sont comprises dans l'obligation.

154. On vient de voir que, dans ces dernières

(1) Code de Hollande, art. 1497.

(2) L. 35, § 5, ff. *de Contrah. empt.*, et L. 8, *princip.* ff. *de Pericul. et comm. rei vend.* — (3) Code de Hollande, art. 1313.

dettes, si l'une des deux choses comprises dans l'obligation n'en pouvait être la matière, ou a cessé depuis de pouvoir être livrée, l'obligation est déterminée à l'autre chose, qui doit en conséquence être livrée ; tandis que dans les obligations facultatives, si c'est la chose même désignée comme objet de la convention ou de la disposition qui n'en pouvait être la matière, ou qui a cessé de pouvoir être livrée, sans la faute du débiteur, l'obligation ou la disposition a été nulle dès le principe, ou a été éteinte ensuite, de manière qu'il n'est rien dû.

De là, si je vous avais légué ma maison, avec faculté néanmoins pour mon héritier de se libérer de la prestation de cette maison par le payement d'une somme de..., et que la maison fût déjà périe au moment du legs, ou vînt à périr ensuite par cas fortuit avant que mon héritier fût en demeure de la délivrer, le legs serait nul ou éteint, et la somme ne serait point due. Au lieu qu'elle le serait si le legs avait été fait sous cette alternative : *Je donne, et lègue ma maison, ou dix mille francs à M. un tel.*

155. Cette forme d'obligation ou de disposition facultative consiste communément dans ces expressions : *si mieux n'aime le débiteur* (*ou mon héritier*) *payer telle somme, ou telle chose;* et autres phrases semblables.

Mais dans l'appréciation de ces clauses, qui peuvent avoir tant d'affinité entre elles à raison de la manière dont elles sont exprimées, il importe de bien s'attacher à l'intention vraisemblable des contractants ou du disposant, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des expressions dont ils se seraient servis. (Art. 1157) (1). La rédaction des actes, et même des actes reçus par officiers publics, est parfois si obscure, si embrouillée, que l'on ne saurait trop s'attacher à cette intention des parties. Car, tout en se servant d'une tournure de phrase qui paraîtrait indiquer que l'une des choses mentionnées dans l'acte l'a été comme étant seulement *in facultate solutionis*, elles auront néanmoins quelquefois voulu contracter une obligation ou faire une disposition alternative, entendant par là simplement dire que le débiteur aurait le choix de se libérer par le payement de cette chose, comme par le payement de l'autre, mais voulant réellement les comprendre toutes deux dans l'obligation ou dans le legs.

Et *vice versa*, il peut arriver, mais ce sera plus rare, que les contractants ou le disposant aient eu l'intention de constituer une obligation ou une disposition simplement *facultative*, tout en se servant d'une forme de clause qui indiquerait cependant une obligation alternative.

156. Dans les obligations facultatives, le créancier, pour procéder régulièrement, ne doit pas, comme dans les obligations alternatives au choix du débiteur, comprendre dans sa demande les deux choses, en laissant au débiteur le choix de payer celle que bon lui semblera ; il ne doit, au contraire, demander que la seule chose comprise dans l'obligation, et qui est la seule due : sauf au débiteur à payer, à la place de cette chose, celle qui est *in facultate solutionis*. S'il eût agi différemment dans le droit romain, il aurait encouru la peine portée contre la *plus pétition*, qui, jusqu'à la constitution de l'empereur Zénon, était de perdre la cause sans pouvoir renouveler la demande (2).

D'après cela, le vendeur qui veut intenter l'action en rescision pour vilité du prix dans la vente d'un immeuble, ne doit pas, pour agir régulièrement, conclure, même sous l'alternative au choix de l'acheteur, à la rescision du contrat ou au supplément du prix : il doit conclure simplement à la rescision de la vente, sauf à l'acheteur à user de la *faculté* que lui donne la loi, de retenir l'immeuble en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total (3). (Art. 1681) (4).

157. Une autre différence entre les obligations facultatives et les obligations alternatives, différence que nous avons déjà eu occasion de signaler ailleurs (5) en ce qui concerne la distinction des biens en meubles et en immeubles,

(1) Code de Hollande, art. 1380.

(2) *Voyez* le § 33, Instit. *de Actionibus.*

(3) *Voyez* au tome IV, n° 98, où nous établissons la même doctrine, et où nous disons, en conséquence, que l'action est immobilière, nonobstant le *considérant* d'un arrêt de *rejet*, où, contre tous les principes, elle est qualifiée *mobilière*.

(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(5) Au tome IV, nos 98 et suivants.

c'est que, dans les dernières, la nature de l'obligation se détermine par la nature de celle des choses qui y sont comprises, et qui a été payée ; au lieu que, dans les premières, la nature de l'obligation est déterminée par la nature même de la chose qui en fait l'objet, et non par la nature de celle qui a été payée à la place de celle qui était due, à raison de la faculté accordée au débiteur.

En sorte que, dans les obligations alternatives, s'il y a une chose divisible et une chose indivisible, ou une chose mobilière et une chose immobilière, ce sera le choix que fera le débiteur (ou le créancier, si c'est à lui qu'il a été réservé), qui déterminera la nature du droit. D'où il suit que si le créancier est marié en communauté, et que le débiteur lui paye la chose mobilière, ou que lui créancier la demande, parce qu'il aurait le choix, cette chose tombera dans sa communauté (1), soit que le droit ait pris naissance avant le mariage ou pendant le mariage, et soit qu'il ait été acquitté durant la communauté ou depuis sa dissolution. Tandis que si c'est la chose immobilière qui est payée par le débiteur, ou demandée par le créancier, quand il a le choix, cette chose ne tombe point dans la communauté de ce dernier, elle lui demeure propre.

Si le créancier d'une chose mobilière et d'une chose immobilière, sous une alternative, lègue à Paul son mobilier et à Pierre ses immeubles, ce sera le payement qui sera fait de l'une ou de l'autre chose qui déterminera auquel des deux légataires doit appartenir le droit. Si le choix était au testateur, qui est mort sans l'avoir exercé, et si les deux légatairesne s'accordaient pas, nous pensons que l'émolument du droit devrait être partagé, et non tiré au sort comme on l'eût fait en droit romain dans des cas analogues, et dont nous parlerons plus loin. Cette décision par la voie du sort n'est point admise dans notre droit quand on peut trancher la difficulté d'une autre manière.

Si l'une des choses est divisible et l'autre indivisible, que le choix soit au créancier et qu'il choisisse la chose indivisible, il peut poursuivre chacun des héritiers du débiteur pour le tout (art. 1221, n° 5) (2), ainsi que nous l'expliquerons en traitant des obligations divisibles et indivisibles.

Au lieu que dans les obligations facultatives, par exemple, si je lègue à une personne mariée en communauté, mon jardin, *si mieux n'aime mon héritier lui payer dix mille francs*, c'est le jardin qui est l'objet unique du legs : tellement que si mon héritier préfère payer les 10,000 fr., ces 10,000 fr. n'entreront dans la communauté du légataire qu'à la charge d'une récompense, parce qu'ils étaient seulement *in solutione, sed non in obligatione* (3).

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

SOMMAIRE.

158. *En général, les créances et les dettes se divisent, entre ceux qui ont stipulé ou promis, en autant de créances ou de dettes qu'il y a de stipulants ou de débiteurs.*
159. *Cette règle reçoit exception dans le cas où la créance ou la dette a été contractée avec solidarité, ou qu'elle est indivisible.*
160. *Division de la section.*

158. Règle générale, lorsque plusieurs personnes stipulent d'une ou plusieurs autres une somme ou une autre chose, chacune d'elles n'a droit au bénéfice de l'obligation que pour sa part virile, et ne peut, en conséquence, demander que cette part. Et *vice versa*, lorsque plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, chacune d'elles ne doit que sa part virile dans la dette, et ne peut être poursuivie que pour cette part.

159. Mais cette règle reçoit une double exception, aussi bien à l'égard des créanciers qu'à l'égard des débiteurs :

1° Lorsque l'obligation est solidaire entre les créanciers ou entre les débiteurs ;

2° Lorsqu'elle est indivisible.

Nous parlerons du second cas à la section suivante, pour ne point confondre les obligations

(1) Pothier, *de la Communauté*, n° 74.
(2) Code de Hollande, art. 1336.
(3) Pothier, *de la Communauté*, n° 75.

indivisibles avec les obligations solidaires, parce que leurs effets sont différents sous plusieurs rapports ; aussi le Code a-t-il bien soin de nous dire que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité (art. 1219)(1); et, en sens inverse, l'indivisibilité de l'obligation ne lui donne point le caractère de solidarité. Nous signalerons, au surplus, successivement les différences et les points de similitude.

160. Dans un premier paragraphe, nous traiterons de la solidarité entre les créanciers;

Et dans un second, de la solidarité entre les débiteurs.

§ Ier.

De la solidarité entre les créanciers.

SOMMAIRE.

161. *Obligation solidaire entre créanciers, suivant l'art.* 1197.
162. *Les créanciers solidaires, dans le droit romain, sont généralement appelés* rei stipulandi, *et les débiteurs solidaires* rei promittendi.
163. *Ce qu'il faut pour que l'obligation soit solidaire entre créanciers : conséquences.*
164. *Suite.*
165. *Suite.*
166. *Suite.*
167. *Les obligations civiles solidaires entre créanciers sont fort rares dans le droit français.*
168. *Quelques cas où ces obligations existent.*
169. *La créance peut être solidaire entre plusieurs vendeurs ou locateurs, sans pour cela que leurs obligations, relativement à la garantie, soient solidaires.*
170. *En général, dans notre droit, le bénéfice de l'obligation doit se partager entre les divers créanciers.*
171. *En principe, il en était autrement dans le droit romain.*
172. *Suite de la proposition dans l'un et l'autre droit.*
173. *Chacun des créanciers peut demander le total, et le débiteur peut payer le tout à l'un d'eux, à son choix, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites d'un autre.*
174. *D'après le Code, l'un des créanciers ne peut faire remise que de sa part; dérogation aux anciens principes, et objections contre la disposition du Code.*
175. *Silence du Code sur l'effet de la novation, de la transaction, de la compensation et du jugement, opérés ou intervenus entre l'un des créanciers et le débiteur.*
176. *Ce que l'on doit décider quant au cas de novation.*
177. *Et quant à celui de transaction.*
178. *Et quant à celui de compensation.*
179. *Enfin quant à celui du jugement.*
180. *La prescription interrompue par l'un des créanciers, ou suspendue par sa minorité, est interrompue ou suspendue aussi quant aux autres.*
181. *La demande d'intérêts formée par l'un d'eux les fait courir au profit de tous.*

161. Suivant l'art. 1197 (2) : « L'obligation « est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque « le titre donne expressément à chacun d'eux le « droit de demander le payement du total de la « créance, et que le payement fait à l'un d'eux « libère le débiteur, encore que le bénéfice de « l'obligation soit partageable et divisible entre « les divers créanciers. »

162. Dans le droit romain, les créanciers solidaires sont généralement appelés *rei stipulandi*, et les débiteurs solidaires *rei promittendi* (3).

163. Il faut, pour qu'il y ait solidarité entre les créanciers, que plusieurs stipulent la même chose (4) de la même personne (5), en même temps, et dans l'intention évidente que la chose sera due à chacun d'eux pour le total, de manière néanmoins qu'il n'y ait qu'une obligation par rapport à tous considérés collectivement : *Una res vertitur, quamvis singulis totum debetur* (6). Car si chacun a stipulé des choses diverses, quoique de la même personne, par exemple, l'un la chose, l'autre le prix de cette chose, il y a autant de dettes qu'il y a de stipulants, et ce n'est plus une stipulation solidaire (7).

(1) Code de Hollande, art. 1331.
(2) Ibid., art. 1314.
(3) L. 1, ff. *de Duobus reis stipul. vel promitt.*
(4) L. 2, ff. *eodem. tit.*
(5) *Princip.* Instit. *eodem tit.*
(6) § 1, Instit. *hoc tit.*
(7) Vinnius *ad princip.* Instit. *hoc tit.*

Il n'y a pas non plus stipulation solidaire, si diverses personnes stipulent séparément la même chose de personnes différentes : par exemple, si je stipule de Paul tel cheval, et que vous stipuliez ensuite de Philippe ce même cheval : il y a alors deux obligations distinctes, sous tous les rapports, et qui devront par conséquent être acquittées toutes deux. Il n'y aurait même pas solidarité si je stipulais de Paul tel cheval, et que Philippe stipulât ensuite aussi de Paul ce même cheval (1), quoique ce fût peu de temps après, le même jour; il y aurait pareillement deux obligations, qui devraient être acquittées l'une et l'autre, à moins qu'il n'eût été dit dans le second acte que le payement qui me serait fait du cheval libérerait Paul aussi envers Philippe; et même avec cette clause, il n'y aurait encore point une parfaite obligation solidaire entre créanciers, car la demande formée par Philippe n'empêcherait point Paul de me livrer le cheval.

Enfin, il n'y aurait pas non plus solidarité entre créanciers, quoique ce fussent les mêmes individus qui stipulassent de la même personne la même chose, et, en même temps, si le titre ne donnait pas expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total, ainsi que le dit l'art. 1197.

164. Mais que doit-on entendre par là? Selon nous, le titre donnerait expressément à chacun des créanciers le droit de demander le payement du total, s'il portait que la chose est *due à chacun d'eux pour le tout;* car le droit de demander le payement du total n'est qu'une conséquence du droit pour chacun des créanciers au total de la chose : les expressions finales de cet article ne sont pas sacramentelles. Ainsi, si le titre portait que les divers créanciers stipulent, vendent, louent, prêtent *solidairement*, il y aurait certainement solidarité entre eux quoique l'acte ne dît pas expressément que chacun d'eux pourrait exiger le payement du total; ce pouvoir d'exiger le payement du total serait un résultat nécessaire de la convention expresse de solidarité. Les parties seraient censées s'en reposer sur la loi pour les effets de cette stipulation.

165. Mais *quid* si, dans un acte où figurent Paul et Pierre comme vendeurs d'une chose qui leur est commune, ils stipulent simplement de l'acheteur *qu'il payera à l'un ou à l'autre le prix de la vente?* Cette stipulation disjonctive établit-elle la solidarité entre les vendeurs, ou créanciers? C'est la décision formelle de Vinnius, qui s'exprime ainsi (2) : CUILIBET VEL UTRIQUE NOSTRUM DARE SPONDES? *Dicam duorum rerum contractam obligationem.* Au lieu, dit le même jurisconsulte, que la copulative n'a pas cette force par elle-même : d'où il suit que si deux personnes stipulent, quoique conjointement, une même chose de la même personne, par exemple : *Promettez-vous de nous payer mille francs à Paul et à moi?* il n'y a pas solidarité, à moins de convention spéciale à cet effet : chacun de nous n'aura le droit de demander que sa part, c'est-à-dire, dans l'espèce, 500 fr., et vous ne pourrez payer à chacun que sa part. Mais dans le cas ci-dessus, ces expressions, *à l'un ou à l'autre de nous,* témoignent clairement que chacun des vendeurs, créancier quant au prix, a entendu que le payement du total de ce prix pourrait lui être fait, et que l'un et l'autre, par la même raison, pourrait l'exiger; ce qui constitue parfaitement une obligation solidaire entre créanciers.

166. Et lorsqu'une obligation commerciale a été souscrite au profit de plusieurs personnes, celle qui a le titre entre les mains paraît à M. Pardessus (3) avoir le doit d'exiger le payement total du débiteur commun, quoique le titre ne portât pas que chacune d'elles aurait ce droit. Cela est particulièrement vrai surtout lorsque les créanciers sont associés.

167. Au surplus, les obligations civiles de cette sorte sont fort rares dans notre droit. Pothier donne pour exemple celle qui résulterait d'un legs ainsi conçu, et dont il a puisé l'espèce dans la loi 16, ff. *de Legatis* 2° (4) : « Mon héritier donnera aux carmes ou aux jacobins, à « son choix, une somme de 100 livres. »

168. Il peut se présenter d'autres cas, quoi-

(1) *Princip.* Instit. *de Duobus reis stip.*
(2) *Idem.*
(3) Cours de *Droit commercial*, t. II, n° 1811.

(4) *Si Titio et Seïo* UTRI HÆRES VELLET, *legatum relictum est : hæres alteri dando, ab utroque liberatur : si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret, nam*

que la chose stipulée fût très-divisible de sa nature. Par exemple, et ainsi que nous l'avons dit, si deux personnes prêtent à une troisième une somme qu'elles ont en commun, avec déclaration dans l'acte que chacune d'elles aura le droit d'exiger le payement du total, ou même simplement que le prêt est fait solidairement, ou que le débiteur payera à l'un ou à l'autre des prêteurs, il y aura effectivement solidarité entre les créanciers.

Il en sera de même, à plus forte raison, si deux copropriétaires d'un objet non susceptible de division sans destruction de sa substance, par exemple un cheval, prêtent conjointement cet objet, ou le louent ou le vendent avec l'une de ces clauses dans l'acte.

169. Mais dans ces cas de vente ou de louage d'un corps certain, et où le contrat, comme parfaitement synallagmatique, produit des engagements de part et d'autre, y aura-t-il également solidarité entre les vendeurs et les locateurs pour les obligations qu'ils ont à remplir, quoiqu'il n'ait rien été dit de positif à ce sujet dans l'acte, et que l'on se soit borné à l'une des clauses ci-dessus? Cela ne nous paraît pas douteux, s'il a été dit que le louage, ou la vente, était fait *solidairement :* cette expression, à moins de convention contraire, régit aussi bien les obligations des vendeurs ou locateurs, que leur créance pour le prix, puisque son effet n'a point été restreint à ce dernier objet. Mais il en serait autrement, selon nous, s'il avait simplement été dit que chacun des vendeurs ou locateurs pourrait demander le payement du total du prix de vente ou de louage : dans ce cas, la solidarité ne paraîtrait point établie passivement, mais seulement activement, c'est-à-dire entre les vendeurs ou locateurs considérés comme créanciers du prix, mais non considérés comme débiteurs quant à l'obligation de livrer et faire jouir.

170. En général, dans notre droit, le bénéfice de l'obligation doit se partager entre les divers créanciers, n'importe celui à qui le payement volontaire a été fait, et n'importe aussi celui qui a formé la demande en justice pour l'obtenir. On doit considérer les créanciers solidaires comme associés quant à la créance, et ils sont censés s'être donné réciproquement mandat pour en exiger ou recevoir le payement en totalité, à la charge de se faire ensuite raison du bénéfice de l'obligation.

171. Dans le droit romain aussi celui qui avait reçu le montant de la créance le partageait bien avec les autres créanciers, mais c'était lorsque cette créance provenait d'une chose commune à tous; alors les créanciers avaient l'action *pro socio* contre celui qui avait reçu le payement. Mais si la créance eût eu une autre cause, celui qui en avait touché le montant le gardait en totalité, parce qu'il n'avait touché que ce qui lui était dû, ayant droit à la totalité ; sauf toutefois convention ou disposition contraire de la part des stipulants, ou du testateur.

Et l'on décidait la même chose, en sens inverse, quant aux obligations secondaires entre débiteurs: celui qui avait payé toute la dette n'avait de recours contre ses codébiteurs qu'autant qu'elle était commune à tous, comme provenant de leur société ou d'une chose qui leur était commune; et sauf aussi convention contraire de leur part, et le droit résultant de la cession des actions du créancier au débiteur qui l'avait payé.

Mais, en principe, celui des créanciers qui avait reçu le payement, ou celui des débiteurs qui l'avait fait, n'était point obligé d'en partager le montant, ou n'avait point de recours contre les autres débiteurs. La loi 62 *princip.* ff. *Ad legem falcidiam* ne laisse aucun doute sur ces différents points (1). On suppose dans cette loi qu'un créancier ou un débiteur solidaire est décédé, ayant fait par son testament différents legs. Dans le calcul de la *quarte falcidie,* qui opérait un retranchement sur les legs lorsqu'ils

ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

(1) Néanmoins Vinnius sur le § 1er, Instit. *de Duobus reis*, dit, en invoquant quelques textes par forme d'argument, que, *æquitatis causa*, le créancier solidaire qui avait reçu le total de la créance devait, en général, y faire participer les autres créanciers; et *vice versa*, que celui des débiteurs solidaires qui avait payé la dette, avait généralement un recours contre ses codébiteurs pour leurs parts.

excédaient les trois quarts de l'hérédité, pour laisser le quart franc à l'héritier, on déduisait préalablement les dettes, et l'on comprenait, comme de raison, les créances dans l'actif. Or la créance ou la dette solidaire du testateur n'était nullement prise en considération quant à présent, parce qu'il était incertain si la première serait payée à l'héritier, ou si la seconde serait payée par lui; et cependant si cette créance ou cette dette eût dû, après le payement, se diviser entre l'héritier et les autres créanciers ou débiteurs solidaires, l'on eût dû, à tout événement, porter au chapitre de l'actif de la succession la part de l'héritier dans la créance, et au chapitre du passif sa part de la dette. Aussi c'est ce que l'on aurait fait si la créance ou la dette fût provenue d'une société ou communauté, parce qu'alors la répartition s'en serait faite entre les associés et l'héritier du défunt. Cette loi le dit positivement.

172. Dans l'espèce de la loi 16, ff. *de Legatis* 2°, citée ci-dessus, où un testateur a légué à Titius ou à Seïus, *utri hæres vellet* (à l'un ou à l'autre, au choix de l'héritier), bien certainement aussi celui à qui le legs était payé n'était point tenu d'en partager le bénéfice avec l'autre personne; et nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement dans notre droit en pareil cas, s'il résultait de l'ensemble de la disposition, ou de quelque circonstance particulière, la preuve que l'intention du testateur, en laissant à l'héritier le choix de celle des deux personnes à laquelle il voudrait compter la somme ou livrer la chose, n'a pas été de lui laisser simplement le pouvoir de faire le payement à l'une ou à l'autre, mais bien aussi d'attribuer le bénéfice du legs exclusivement à celle à laquelle il en ferait la délivrance.

Il semblerait même, d'après un passage du discours de l'orateur du gouvernement (1) chargé de présenter le projet de loi au corps législatif, que l'obligation de partager le montant de la créance ne résulterait que d'une convention à ce sujet. Il s'exprimait ainsi: « Cette faculté donnée « à chacun des créanciers de demander le payement du total, *et la convention qu'ils auraient* « *faite en même temps de diviser entre eux le* « *bénéfice de l'obligation*, n'ont rien d'incompa- « tible. » Ainsi, il paraîtrait résulter de ces dernières expressions qu'une convention serait nécessaire pour que le bénéfice de l'obligation dût être partagé entre les divers créanciers après que le payement en a été fait à l'un d'eux. Toutefois cela n'est pas vrai dans les cas ordinaires, dans ceux où la cause de l'obligation provient d'une chose commune aux divers créanciers, ou de leurs travaux respectifs, en un mot dans tous ceux où ils ont fait ou fourni quelque chose en raison de laquelle le débiteur s'est obligé. Dans les autres cas, comme ceux de donation ou de legs, on présumera aussi généralement que l'intention du donateur ou testateur a été que le bénéfice du droit serait partageable, à moins que des termes de l'acte et des circonstances particulières, il ne résultât, au contraire, qu'il a voulu que celui à qui la chose serait payée pût la garder entière; car, en disant, ENCORE *que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers*, l'art. 1197 laisse en effet clairement entendre que ce n'est pas dans tous les cas qu'il en est ainsi: cette expression *encore* paraît faire une supposition, ce qui, par conséquent, permet d'admettre la supposition contraire. Mais il sera très-rare que le bénéfice de l'obligation ne soit point partageable et divisible entre les divers créanciers.

173. Voyons maintenant quels sont les autres effets de ces sortes d'obligations.

Non-seulement chacun des créanciers peut demander le payement du total au débiteur, mais encore celui-ci a le choix de payer à l'un ou à l'autre des créanciers, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. (Article 1198) (2).

Par conséquent, il est libéré vis à vis de tous par des offres régulières, suivies de consignation, faites à l'un ou à l'autre, tant qu'il n'a pas été prévenu par des poursuites faites par un autre; et la chose ainsi offerte est aux risques des divers créanciers. (Art. 1257 et 1258) (3).

(1) M. Bigot-Préameneu.

(2) Code de Hollande, art. 1315.

(3) Code de Hollande, art. 1440 et 1441.

L'on entend ici par *poursuites*, non-seulement une demande en justice, mais encore un commandement fait en vertu d'un titre exécutoire, et même une simple sommation de payer; car c'est là aussi une poursuite.

Toutefois, les poursuites dirigées avant l'échéance de la dette ne peuvent ravir au débiteur le droit qu'il a de payer à l'un ou à l'autre des créanciers, à son choix.

174. Quoique chacun des créanciers le soit du total, et qu'il puisse en conséquence recevoir le payement pour le tout, néanmoins, d'après le Code, il ne peut faire remise de la dette que pour sa part (art. 1198) (1), ni déférer le serment, si ce n'est aussi pour sa part. (Art. 1365) (2).

Cela paraît peu d'accord avec le principe que chacun des créanciers l'est du total; mais on a pensé que l'un d'eux ne devait pas pouvoir nuire aux autres par une remise qui ne serait au fond qu'une libéralité. Et quant au serment, on l'a considéré comme un pacte de remise conditionnel. On a pensé aussi qu'il pourrait facilement arriver que l'un des créanciers déclarerait faire remise tout en touchant le montant de la créance, agissant de concert à cet égard avec le débiteur, auquel il ferait quelque diminution.

Dans l'ancien droit, la remise faite par l'un des créanciers solidaires libérait le débiteur comme le payement; et le serment déféré par l'un d'eux, et prêté par le débiteur, sur le fait de la dette, produisait aussi la libération entière. Telle était la doctrine de Dumoulin et de Pothier. Elle était fondée sur le droit romain (3).

On a objecté que rien ne serait plus facile au créancier que de donner quittance comme s'il avait reçu le payement; mais à cela on répond deux choses. S'il donne une quittance, il confesse par cela même avoir reçu le payement, et il serait obligé d'en faire compte aux autres créanciers, à moins, ce qui sera infiniment rare, ainsi que nous l'avons dit, que le bénéfice de l'obligation ne fût point partageable entre eux. Au lieu que s'il eût eu le droit de faire remise du total, il n'aurait rien eu à partager, n'ayant rien reçu; et il eût ainsi fait une libéralité au préjudice du droit des autres, du moins c'est ainsi que les orateurs du gouvernement ont envisagé la chose; car ils ont supposé que, dans ce cas, les autres créanciers n'auraient rien eu à lui demander. Cela, au surplus, n'eût pas été vrai dans le cas (c'est-à-dire presque toujours) où l'obligation avait pour cause une chose commune entre les divers créanciers; car alors celui qui aurait fait la remise eût été tenu d'indemniser ses coassociés du tort qu'il leur eût causé par la remise, puisque l'associé qui, par son fait, cause un préjudice à la société, doit le réparer. Mais cela eût été vrai dans les cas, très-rares, où le bénéfice de l'obligation n'eût pas été partageable; et néanmoins on n'a pas voulu, même dans ces cas, lui donner le pouvoir de détruire le droit des autres par une simple remise, puisque le Code ne distingue pas. En cela, nous croyons que l'on n'a pas été conséquent: car, dans cette hypothèse, il devait être fort indifférent que le débiteur eût été libéré par une remise gratuite ou qu'il eût réellement payé la dette. Quoiqu'il en soit, la remise n'a effet que pour la part de celui qui l'a consentie. En second lieu, s'il a donné une quittance pour payement, quand il n'a cependant fait qu'une remise, les autres créanciers seront admis à prouver la simulation, même dans le cas où le bénéfice de l'obligation ne serait point partageable, puisqu'il ne pouvait remettre sa part; et dans les cas où le bénéfice de l'obligation serait partageable, ils auraient aussi intérêt à prouver la simulation, s'il était insolvable. Ils pourraient faire interroger le débiteur sur faits et articles, et lui déférer le serment.

(1) Code de Hollande, art. 1315.

(2) Ibid., art. 1974, 1975 et 1976.

(3) *Acceptilatione unius tollitur obligatio*. L. 2, ff. *de Duob. reis stipul. vel promitt.*; et L. 13, § *fin.*, ff. *de Acceptilatione*.

In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri nocebit. L. 28, *princip*. ff. *de Jurejur.*

Mais le simple pacte de remise fait par l'un des créanciers avec le débiteur ne pouvait être opposé aux autres, même pour aucune partie de la dette. L. 27, ff. *de Pactis*.

Cette différence entre la remise par le mode de l'acceptilation, et la remise par simple pacte, tenait à ce que la première était un mode de libération de plein droit; au lieu que le pacte ne produisait qu'une simple exception, dont les effets étaient restreints aux parties, à leurs héritiers et aux cautions, si toutefois encore il n'avait pas été restreint à la seule personne des parties.

Quant au serment, dit Cujas, celui qui jure ne rien devoir est considéré comme celui qui ne doit rien; c'était donc aussi un mode de libération qui déliait le débiteur envers les autres créanciers.

175. Le Code ne dit rien sur l'effet de la novation ou de la transaction faite par l'un des créanciers solidaires avec le débiteur, ni sur le cas où celui-ci pouvant opposer la compensation à l'un d'eux, serait poursuivi par un autre, ni enfin, sur l'effet du jugement intervenu entre lui et l'un des créanciers seulement, et qui lui donnerait congé sur un autre moyen que le serment déféré par ce créancier.

Faut-il conclure de ce silence du Code sur ces points, quand d'ailleurs il s'est expliqué sur les effets de la remise faite par l'un des créanciers seulement, et sur les effets du serment déféré par l'un d'eux, qu'il a entendu que toutes les autres causes d'extinction de la dette que le débiteur pourrait invoquer contre l'un des créanciers, le libèrent pareillement vis-à-vis des autres?

Nous sommes bien généralement porté à le décider ainsi, mais toutefois avec quelques restrictions.

Parcourons les différents cas ci-dessus énoncés.

176. D'abord, quant à la novation opérée entre l'un des créanciers seulement et le débiteur, les jurisconsultes romains n'ont pas été d'accord. Paul et Labéon, dans la loi 27, *princip.* ff. *de Pactis,* décidaient que la novation intervenue entre le débiteur et l'un des créanciers ne peut pas être opposée aux autres, attendu, disaient ces jurisconsultes, que les effets de la solidarité consistent seulement en ce que chacun des créanciers peut demander le total de la créance, et recevoir le payement du total (1). Mais tel peut recevoir le payement d'une dette, sans cependant pouvoir en faire novation : notamment l'*adjectus solutionis gratia* a qualité pour recevoir le payement, et non pour faire novation (2).

Vénuléïus, au contraire, décide dans la loi 31, § 1, ff. *de Novationibus*, que la novation faite avec l'un des créanciers solidaires éteint la dette même par rapport aux autres, lesquels, en conséquence, ne peuvent plus demander le payement de la première obligation, ni rien prétendre à la seconde, puisque c'est une convention qui leur est étrangère. Ainsi, dit Vénuléïus, si l'un des créanciers délègue le débiteur commun à son propre créancier, envers lequel ce débiteur s'oblige pour être libéré de la dette, on ne voit pas pourquoi il ne serait effectivement point libéré comme s'il en avait fait le payement, puisque le payement de cette nouvelle obligation, ou même l'obligation non encore suivie de payement, est pour lui comme le payement de la dette primitive.

Cette contrariété de décisions a paru si difficile à lever à Cujas, qu'il ne craint pas d'avouer que ce n'est qu'avec incertitude qu'il émet son opinion, favorable, au surplus, à la décision de Vénuléïus.

Si, dans le droit romain, où chaque créancier solidaire pouvait faire remise au débiteur pour la totalité de la créance, en employant le mode de l'acceptilation, les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'effet de la novation faite par l'un d'eux seulement, bien qu'en thèse générale la novation soit, comme l'était l'acceptilation, une image du payement, et en produise les effets (3), par parité de motifs on devrait décider, dans notre droit, où la remise n'éteint généralement la dette que pour la part du créancier qui l'a faite, que la novation opérée entre l'un des créanciers seulement et le débiteur ne peut être opposée aux autres créanciers, si ce n'est aussi pour la part de celui qui l'a consentie ; car, pour cette part, elle vaut nécessairement remise de la première obligation, sauf ensuite au débiteur à faire raison au créancier avec lequel il l'a faite, d'une part correspondante dans la nouvelle dette.

Mais si, par une cause quelconque, le bénéfice de l'obligation primitive n'était point partageable entre les divers créanciers, nous ne voyons pas pourquoi cette novation ne tiendrait pas lieu de payement vis-à-vis de tous, car elle ne leur ferait aucun tort. Et même dans les cas où le bénéfice de l'obligation doit être partagé, si la seconde obligation était acquittée avant les poursuites faites par un autre créancier, ce payement, selon nous, devrait libérer le débiteur aussi vis-à-vis de tous ; car la première dette se trouverait alors réellement payée, quoique ce fût avec une autre chose que celle qui en formait l'objet. En effet, chaque créancier avait qualité pour recevoir le payement

(1) Il pouvait aussi, comme nous l'avons dit, déférer efficacement le serment pour le total, même par rapport aux autres créanciers, L. 28, *princip.* ff. *de Jurejur.*

(2) Même loi 27, et L. 10, ff. *de Novat.*

(3) L. 1, *princip.*; et L. 31, § 1, précitée, ff. *de Novationibus.*

du total, et la loi ne lui défendait pas plus dans ce cas que dans les cas d'obligations ordinaires, de recevoir une chose à la place de celle qui était primitivement due : le droit romain ne l'interdisait pas davantage. Seulement le créancier aurait ensuite à faire raison aux autres, suivant leurs droits respectifs, tels qu'ils résultaient de leur contrat. Ce créancier et le débiteur ne pouvaient-ils pas d'ailleurs, aussitôt après le payement de la chose comprise dans la première obligation, en faire échange pour celle qui a été payée en acquittement de la seconde? Qu'importe, après cela, qu'ils aient fait d'abord échange d'obligation?

Et dans le cas prévu par Vénuléïus, où l'un des créanciers solidaires a fait novation avec le débiteur, par l'obligation que celui-ci a contractée envers un tiers, du consentement de ce créancier, qui l'a délégué à ce tiers, nous ne voyons pas pourquoi cette novation ne libérerait pas entièrement le débiteur vis-à-vis de tous les autres, même dans le cas où le bénéfice de l'obligation serait partageable, car ce n'est pas là une remise; mais dans cette dernière hypothèse, le créancier aurait à faire raison aux autres du montant de la dette primitive, dont il serait censé avoir reçu le payement au moyen de la délégation par lui faite en faveur du tiers qu'il a désigné.

177. Le cas de transaction faite par l'un des créanciers solidaires devrait, en général, être décidé de la même manière que celui de novation, et avec les distinctions ci-dessus

178. Quant à la compensation, la question est plus délicate à cause de la disposition de l'article 1294, qui porte, dans sa dernière partie, que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. On a ainsi considéré ce mode d'extinction des obligations comme une sorte d'exception personnelle, ayant seulement effet entre ceux qui sont réciproquement débiteurs l'un envers l'autre, quoique la compensation, d'ailleurs, opère de plein droit (art. 1290) (1), et qu'ainsi l'on eût pu croire que dès que l'un des débiteurs solidaires se trouvait libéré par ce moyen, les autres devaient l'être également, puisque le payement fait par l'un d'eux libère les autres (art. 1200) (2), et que la compensation tient lieu de payement.

Ce n'est pas le moment de discuter le mérite de cette disposition ; nous le ferons en son lieu. Mais quel que soit le sens dans lequel elle doive être entendue, nous ne saurions penser que le débiteur, qui peut opposer la compensation à l'un des créanciers solidaires avant d'être poursuivi par un autre, n'ait pas le droit de s'en prévaloir vis-à-vis des autres, s'ils le poursuivent ensuite. Cela ne peut surtout souffrir le moindre doute quant à la part de ce créancier, puisqu'à tout le moins la compensation doit bien avoir l'effet d'une remise. Mais nous pensons même qu'il peut l'opposer pour le tout, si sa créance est égale ou supérieure à sa dette; car il pouvait payer à celui qui est devenu son débiteur; or, par la compensation, qui a indubitablement opéré ses effets par rapport à celui-ci, c'est comme s'il l'avait payé. Qu'importe, en effet, qu'il lui compte la somme, que ce créancier serait tenu de lui rendre à l'instant même, ou qu'ils se dispensent l'un et l'autre de faire ces traditions inutiles? La loi les fait pour eux comme dans les obligations ordinaires. Pour prétendre que la compensation n'a point d'effet à l'égard des autres créanciers, il faut soutenir, ou que le débiteur, en devenant créancier de l'un des créanciers solidaires, a perdu le droit de pouvoir lui faire le payement, ce qui serait assurément absurde ; ou bien qu'il peut à la vérité le lui faire, mais seulement par la numération des espèces, sauf à reprendre aussitôt les deniers pour être payé de sa propre créance. Mais cela ne serait pas moins contraire à l'esprit de la loi, car les traditions ne seraient pas moins inutiles dans ce cas que dans les autres. S'il était poursuivi par ce créancier, bien certainement les tribunaux ne le forceraient pas à payer, car celui qui compense paye par cela même. Or, pourquoi la compensation n'opérerait-elle pas ses effets entre eux extrajudiciairement, puisqu'elle a lieu de plein droit? Et si elle opère ses effets par rapport à ce créancier, qui *est censé payé*, pourquoi le débiteur ne serait-il pas libéré aussi envers les autres, puisque le payement fait à l'un d'eux le libère vis-à-vis de tous? Ce cas diffère en effet

(1) Code de Hollande, art. 1462.

(2) Code de Hollande, art. 1316.

beaucoup de la remise gratuite, attendu que dans la remise il n'y a point de payement, tandis que dans la compensation il y en a un dans le fond des choses.

Mais il en serait autrement si un autre créancier l'avait prévenu par ses poursuites, faites après l'échéance de la dette et avant que la compensation se fût opérée, soit parce que la créance du débiteur n'a pris naissance que depuis ces poursuites, soit parce que l'une ou l'autre des deux dettes ne réunissait pas alors toutes les conditions requises pour la compensation : dans ce cas, le débiteur serait obligé de payer au créancier poursuivant, sans même pouvoir en déduire la part de celui qui est devenu son débiteur, à moins toutefois, selon nous, que le bénéfice de l'obligation ne fût partageable entre les divers créanciers, auquel cas il pourrait, *æquitatis causa*, retenir la part qui devrait en revenir à ce dernier.

179. Si le débiteur poursuivi par l'un des créanciers a obtenu congé de la demande par un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, peut-il encore être poursuivi par les autres?

Cela n'est pas douteux dans le cas où le jugement a été rendu sur le serment à lui déféré par le créancier, puisque, d'après l'art. 1365, ce serment ne le libère que pour la part de celui-ci; mais le jugement a effet pour cette part. S'il a été rendu sur d'autres motifs, il doit profiter aussi au débiteur pour la part de celui contre lequel il a été rendu, parce qu'il doit avoir l'effet d'une remise, d'après la règle : *Quoque nos in judicio contrahimus*. Mais pour la part des autres, ce jugement est *res inter alios judicata, quæ aliis nec nocet, nec prodest;* car, s'il n'y a qu'une obligation *propter rem debitam*, par rapport aux personnes il y en a autant qu'il y a de créanciers. Or la chose jugée n'est point un payement; elle produit seulement une présomption, ou qu'il n'y a pas eu de dette, ou que celle qui existait a été éteinte ; mais cette présomption n'a effet qu'entre les parties au procès et leurs héritiers.

180. Un autre effet de la solidarité entre les créanciers, est que les actes de l'un d'eux qui conservent la créance, la conservent aussi par rapport à tous les autres : d'où il suit que tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers profite aux autres (1). (Article 1199) (2).

Par la même raison, si, par rapport à la qualité de l'un d'eux, la prescription n'a pu courir contre lui, par exemple, parce qu'il était mineur (art. 2252) (3), elle n'aura pas couru non plus contre les autres pendant le temps de la minorité, quoique l'objet de la créance ne fût pas une chose indivisible.

Mais si l'un des créanciers est venu à mourir laissant plusieurs héritiers, et que l'un ou plusieurs de ces derniers seulement aient interrompu la prescription, ou si elle n'a pu courir contre eux à raison de leur qualité, ou si le débiteur a reconnu la dette seulement à leur égard, le droit n'aura été conservé que pour leurs parts, à moins que la créance ne fût indivisible. L'art. 2249 le décide ainsi, en sens inverse, dans le cas où la dette est solidaire entre les débiteurs, et la raison est absolument la même dans le cas où c'est entre les créanciers que la solidarité existe ; car la créance ne s'en divise pas moins entre les héritiers de chacun d'eux, puisque la solidarité ne peut pas faire supposer autre chose si ce n'est que chacun de ces mêmes créanciers l'est du total de la créance ; or, dans cette supposition, cette créance se divise entre leurs héritiers (art. 1220), si elle n'est d'ailleurs de quelque chose d'indivisible.

La négligence des autres héritiers et des autres créanciers solidaires ne doit, au reste, point nuire à l'héritier qui a su conserver ses droits dans la créance : en conséquence, il n'en aura ni plus ni moins que si cette créance eût été conservée entière.

181. La demande d'intérêts formée par l'un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit des autres. C'est un accessoire de la créance, et en conservant au profit de tous le principal par des poursuites régulières, il doit, par la même raison, conserver aussi à leur profit cet accessoire,

(1) L. *fin*. Cod. *de Duob. reis stip.*

(2) Code de Hollande, art. 2022.

(3) Code de Hollande, art. 2024.

et par l'effet aussi du même principe que la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires, fait courir ces intérêts contre tous. (Article 1207) (1).

§ II.

De la solidarité de la part des débiteurs.

SOMMAIRE.

182. *Définition de la solidarité entre débiteurs.*
183. *Différence des caractères généraux de l'obligation solidaire entre les débiteurs, d'avec ceux de l'obligation indivisible.*
184. *La solidarité n'a lieu qu'en vertu d'une convention expresse, ou d'une disposition de la loi.*
185. *Droit romain touchant la solidarité entre les débiteurs; développements, et du bénéfice de division.*
186. *Les débiteurs solidaires, sous le Code, n'ont point ce bénéfice, il appartient seulement aux cautions, et encore sous plusieurs distinctions; il y en a aussi à faire quant au bénéfice de discussion.*
187. *La solidarité peut généralement avoir lieu en toute espèce d'obligation; elle peut aussi être imposée par testament pour le payement d'un legs.*
188. *Différents cas dans lesquels il n'y a pas solidarité.*
189. *La solidarité peut exister quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment au payement de la même chose : conséquences.*
190. *Comment les débiteurs s'obligent solidairement.*
191. *La solidarité a lieu entre les auteurs d'un même délit, pour les amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais.*
192. *En matière civile, les tribunaux ne peuvent condamner les parties solidairement aux dépens, quand même la dette serait solidaire.*
193. Secus, *dans ce cas, quant aux dommages-intérêts.*
194. *S'il y a quasi-délit commis par plusieurs, et dont la réparation soit poursuivie devant les tribunaux civils, sont-ils tenus solidairement des dommages-intérêts? Arrêts pour et contre.*
195. *Les associés en nom collectif sont tenus solidairement des engagements de la société signés sous la raison sociale; il en est autrement dans les sociétés civiles, à moins de convention contraire dans l'acte.*
196. Quid *des associés en participation? Ancienne jurisprudence, et controverse dans le droit actuel : la solidarité n'existe pas de plein droit dans ce cas.*
197. *Cas où elle a lieu de droit entre le mari et la femme à raison des contrats de cette dernière.*
198. *Ceux qui empruntent à usage une chose sont tenus solidairement à la restitution.*
199. Quid *en matière de dépôt?*
200. *Ceux qui ont donné conjointement un mandat pour une affaire qui leur est commune, sont tenus solidairement envers le mandataire.*
201. *Mais les divers mandataires ne sont pas créanciers solidaires des indemnités qui peuvent leur être dues à raison du mandat.*
202. *Ceux qui achètent ou louent en commun sont solidairement tenus envers le notaire, de ses honoraires et de ses déboursés.*
203. *Autres cas analogues.*
204. *En général, il n'y a pas solidarité entre les divers propriétaires dont l'affaire a été gérée sans mandat de leur part : l'action est seulement en proportion de l'intérêt de chacun.*
205. *Les mandataires chargés de la même affaire ne sont solidairement tenus qu'autant qu'ils se sont soumis à la solidarité.*
206. *Mais les exécuteurs testamentaires sont solidairement responsables du mobilier qui leur a été confié, à moins de disposition contraire dans le testament.*
207. Quid *des syndics d'une faillite, des séquestres et administrateurs commis par justice?*
208. *L'obligation de fournir des aliments n'est point solidaire entre ceux qui les doivent; elle est seulement indivisible; controversé, et renvoi pour la discussion de la question et les conséquences de la distinction.*
209. *Il y a solidarité dans les cas prévus aux articles 395 et 396 du Code civil.*
210. *Et dans celui prévu à l'art. 1442.*
211. *Les divers locataires d'une maison répondent solidairement de l'incendie, sous certaines restrictions.*
212. *Le tireur et les endosseurs d'une lettre de change sont solidairement garants de l'acceptation et du payement à l'échéance.*
213. *Il en est de même des signataires et endosseurs de billets à ordre, quoiqu'ils ne soient pas commerçants, et qu'ils n'aient pas fait une opération de commerce.*
214. *Renvoi quant à la question de savoir si une*

(1) Code de Hollande, art. 1322.

personne peut, par ses conventions, obliger solidairement ses héritiers au payement de ses dettes.

215. *Le créancier peut non-seulement poursuivre l'un des débiteurs pour le total, mais encore les poursuivre tous de la même manière.*

216. *La prescription interrompue contre l'un des débiteurs l'est par cela même contre tous les autres. Développements pour le cas où elle n'a été interrompue que contre l'un des héritiers seulement de l'un des débiteurs.*

217. *Lorsque la dette est d'un corps certain qui a péri par la faute ou depuis la mise en demeure de l'un des obligés, les autres ne doivent pas de dommages-intérêts, mais ils sont tenus du prix de la chose.*

218. *Si c'est par la faute de l'un des héritiers de l'un des débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, que la chose a péri, les cohéritiers non en faute ni en demeure sont libérés; de quoi les codébiteurs sont encore tenus dans ce cas.*

219. *La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir contre tous; celle formée contre l'un des héritiers seulement de l'un des débiteurs, ne les fait point courir contre ses cohéritiers.*

220. *Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui lui sont personnelles et celles qui sont communes à tous les débiteurs, mais non celles qui sont personnelles à l'un d'eux.*

221. *Renvoi quant à ce qui concerne la compensation du chef d'un codébiteur.*

222. *Effet de la confusion lorsque le créancier devient héritier de l'un des codébiteurs, ou* vice versa.

223. *Par la novation pure et simple opérée entre l'un des débiteurs et le créancier, les autres sont libérés.*

224. *La remise faite à l'un des débiteurs profite aux autres, à moins que le créancier n'ait réservé ses droits contre eux : effets de cette réserve.*

225. *Mais la remise faite par concordat ne profite pas aux codébiteurs du failli, quoiqu'il n'y ait pas eu de réserve expresse à leur égard.*

226. *Néanmoins, celle qui a lieu dans un traité fait avec l'un des débiteurs non commerçant de profession, et sans réserve, profite aux autres.*

227. *Si le débiteur à qui la remise a été faite a une action contre ses codébiteurs, en supposant qu'elle les ait libérés envers le créancier? Distinction à faire.*

228. *Le créancier porteur d'engagements solidaires entre plusieurs qui tombent en faillite, participe aux distributions dans toutes les masses jusqu'à son parfait et entier payement : développements.*

229. *Celui des faillis qui a payé plus que les autres n'a d'action en recours contre eux que pour ce qui excéderait sa part dans la dette.*

230. *Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des débiteurs conserve son action solidaire contre les autres, sous la déduction de la part du premier et de la portion de celui-ci dans les insolvabilités.*

231. *Mais la simple remise de la solidarité au profit de l'un des débiteurs, sans décharge de sa part dans la dette, ne diminue l'action solidaire du créancier contre les autres, que de la portion seulement qu'aurait eue à supporter ce débiteur dans les insolvabilités.*

232. *Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité, ou ses droits en général, renonce à la solidarité à l'égard de ce débiteur, mais à son égard seulement.*

233. *Et il ne suffirait pas pour cela qu'il eût reçu de lui une somme égale à sa part, si la quittance ne portait pas que c'est* pour sa part.

234. *L'effet de ces mots serait même détruit par la réserve de la solidarité, ou des droits en général.*

235. *La demande formée contre l'un des débiteurs* pour sa part *ne détruit point la solidarité, même à l'égard de ce débiteur, s'il n'y a acquiescé ou s'il n'est intervenu un jugement de condamnation.*

236. *Comment le créancier perd la solidarité à l'égard de celui des débiteurs dont il reçoit, divisément et sans réserve, la portion dans les arrérages ou intérêts de la dette; et pour quels objets il la perd.*

237. *Le créancier ne peut remettre la solidarité à l'un ou plusieurs des débiteurs, qu'autant qu'il est capable à cet effet.*

238. *L'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus chacun que pour leur part virile.*

239. *Le débiteur qui a acquitté la dette n'a de recours contre chacun de ses codébiteurs que pour sa portion.*

240. *Si l'un d'eux se trouve insolvable, sa part se répartit entre celui qui a payé la dette et les autres.*

ARTICLE PREMIER.

Des conditions requises pour qu'il y ait solidarité.

182. Nous avons dit plus haut que, en principe, lorsque deux ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, chacune d'elles ne doit que sa part virile dans la dette, et ne peut être poursuivie que pour cette part (1), mais que ce principe reçoit exception dans le cas où les débiteurs sont obligés solidairement.

Et, suivant l'art. 1200 (2), « il y a solidarité de « la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés « à une même chose de manière que chacun « puisse être contraint pour la totalité, et que « le payement fait par un seul libère les autres « envers le créancier. »

183. Ainsi, chacun des débiteurs est *obligé* par sa promesse même à payer le tout, et c'est ce que Dumoulin exprimait par ces mots *quisque debet totum et totaliter*. Au lieu que dans les obligations indivisibles, où chacun des débiteurs doit bien aussi le tout, et où le payement du total fait par l'un d'eux libère pareillement les autres, chacun n'est pas *obligé* au payement du total par sa promesse; il ne doit le tout que *ex necessitate*, parce qu'il ne peut pas devoir une partie dans une chose qui n'a pas de parties. Il doit bien *totum*, dit Dumoulin, mais il ne le doit pas par la même cause, de la même manière et avec les mêmes effets que celui qui s'est obligé solidairement. Par ces caractères généraux, les obligations solidaires se trouvent déjà distinguées des obligations indivisibles, et nous signalerons successivement les différences qui existent dans les effets entre ces deux sortes d'obligations.

184. La solidarité ne se présume point : il faut qu'elle soit expressément stipulée. (Article 1202) (3).

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. (*Ibid.*)

Nous parcourrons tout à l'heure ces différents cas d'exception, du moins les principaux : auparavant nous ferons une courte analyse des principes du droit romain sur cette matière, ainsi que sur l'obligation des fidéjusseurs ou cautions, afin d'établir les rapports et les dissidences qui existent entre les deux législations.

185. D'après les Institutes de Justinien, qui ne consacrent à cet égard que les principes du droit antérieur, ce que nous appelons la *solidarité* entre les débiteurs pouvait, comme la solidarité entre les créanciers, résulter de la manière dont le créancier avait interrogé les divers obligés et dont ceux-ci avaient répondu à l'interrogation, quoiqu'il n'eût pas été dit d'ailleurs expressément que chacun d'eux serait tenu pour le total de la dette. Il suffisait qu'il les eût interrogés successivement et que chacun d'eux eût répondu séparément qu'il donnerait la même chose : MÆVI, DECEM AUREOS DARE SPONDES? ET SEI, EOSDEM DECEM AUREOS DARE SPONDES? *Si respondeant singuli separatim* : SPONDEO, *duo rei promittendi ita fiunt. Princip.* Instit. *de Duob. reis stipul. vel promitt.*

Et Vinnius, sur ce passage des Institutes, dit que les divers débiteurs étaient pareillement constitués *rei promittendi*, si, le créancier les ayant interrogés tous par la même proposition ou demande : *Quilibet vel uterque vestrum dabit?* chacun d'eux avait répondu de suite affirmativement : *Spondeo, dabo*, quoiqu'il n'eût pas été dit expressément que chacun d'eux devrait *toute* la chose. Ils se trouvaient l'avoir implicitement

(1) L. 11, § 2, ff. *de Duob. reis stipul. vel promitt.*
(2) Code de Hollande, art. 1316.
(3) Code de Hollande, art. 1318.

promise tout entière par la manière dont ils avaient été interrogés et dont ils avaient répondu à la demande.

Mais Justinien a changé ce point par sa Novelle 99, chapitre Ier, où il décide que ceux qui s'obligeraient à la même dette *alterna fidejussione*, c'est-à-dire, suivant ce qui va être expliqué, en se rendant caution les uns des autres, ne seraient tenus individuellement pour le tout qu'autant qu'ils se seraient *spécialement soumis chacun à payer le total* (1); et que, dans ce cas, chacun d'eux serait bien tenu, il est vrai, *in solidum*, mais avec le bénéfice de division, c'est-à-dire avec le droit de forcer le créancier à diviser son action entre les débiteurs solvables et présents, par conséquent, au moyen de ce bénéfice, avec obligation seulement de supporter la part des insolvables et des absents, sauf leur recours tel que de droit. Ainsi, il leur a donné le bénéfice de division, que l'empereur Adrien avait introduit au profit des simples fidéjusseurs qui avaient cautionné la même personne et la même dette (2), bénéfice qui fut ensuite étendu à d'autres qui avaient répondu pour la dette d'autrui : comme ceux sur le mandat desquels on avait prêté de l'argent à quelqu'un, et ceux qui avaient promis par simple pacte *de constitut* de payer ce qu'un autre devait (3). Au surplus, les codébiteurs sur lesquels Justinien statue dans sa Novelle, pouvaient renoncer au bénéfice de division comme les fidéjusseurs de la même dette.

Cette Novelle, si elle doit être entendue comme statuant à l'égard des véritables débiteurs principaux et solidaires, connus sous la dénomination de *rei promittendi*, ainsi que tout porte à le penser, aurait dérogé au droit ancien en deux points essentiels : 1° en ce que la faculté pour le créancier de demander le total à l'un ou à l'autre des débiteurs ne serait plus résultée, comme auparavant, de la seule forme de l'interrogation et de la réponse, mais bien seulement d'une convention spéciale à cet effet ; 2° en ce que, même avec cette convention, les divers débiteurs auraient encore eu le bénéfice de division, si, comme nous venons de le dire, ils n'y avaient pas renoncé.

Cujas, sur le titre du Code *de Duobus reis stipulandi vel promittendi*, et sur cette Novelle 99, dit formellement que cette même Novelle doit être entendue en ce sens, avec cette double dérogation aux anciens principes, sans toutefois qu'elle ait dérogé au droit d'après lequel les diverses cautions d'une même dette sont tenues chacune *in solidum*, sauf le bénéfice de division, s'il y a lieu. Et Vinnius dit pareillement que, depuis cette Novelle, les codébiteurs ne sont tenus solidairement qu'autant que chacun d'eux s'est expressément soumis à payer le total de la dette, et qu'ils *paraissent* avoir le bénéfice de division, à moins qu'ils n'y aient renoncé. Il cite à ce sujet l'opinion d'une foule d'auteurs; mais il avoue que plusieurs interprètes plus modernes soutiennent que la Novelle a été mal entendue en ce qui concerne le bénéfice de division, que les docteurs ont voulu en faire dériver même en faveur des codébiteurs principaux solidaires : aussi, suivant ces interprètes, l'authentique *hoc ita* (4) a été mal à propos placée sous la seconde loi du titre du Code, *de Duobus reis stipul.* comme dérogeant à cette loi, laquelle n'accorde aucunement le bénéfice de division aux débiteurs principaux obligés solidairement, c'est-à-dire à ceux que l'on appelle *rei promittendi vel debendi*. Selon eux, la Novelle ne statue point sur les *conrei debendi aut promittendi*, mais seulement sur les cofidéjusseurs mutuels, *de mutuis fidejussoribus*, c'est-à-dire sur ceux qui ont répondu pour la dette d'autrui en se rendant réciproquement caution les uns des autres, et auxquels le droit ancien n'attribuait point le bénéfice de division, ainsi que cela résulte de la loi 11 *princip.* ff. *de Duob. reis stipul.* Et à l'appui de cette interprétation, ils citent l'inscription grecque de la Novelle, reproduite en langue latine dans les premiers mots du chapitre Ier, ainsi conçus : *Si quis enim* ALTERNA FIDEJUSSIONE *obligatos sumat ali-*

(1) Toutefois, suivant l'opinion commune, la Novelle n'avait apporté aucun changement à l'obligation des cofidéjusseurs d'une même dette, obligation qui était et qui est encore du total de la dette pour chacun d'eux, sauf le bénéfice de division. Vinnius, Instit. *de Fidejuss.*, § 4.

(2) *Voyez* aux Instit. le § 4, *de Fidejuss.* et les LL. 26 et 51, § 1, ff. *de Fidejuss. et mandat.*— (3) L. *ult.* Cod. *de Pecunia constituta.*

(4) Les *authentiques* sont des extraits des Novelles de Justinien, faits par Irnerius, chancelier d'Alaric, roi des Lombards. Elles sont en général suivies au barreau, dans le pays où le droit romain est encore en vigueur.

quos, expressions qui, suivant eux, ne s'appliquent qu'à ceux qui se sont rendus cofidéjusseurs les uns des autres pour l'obligation d'un tiers, et non à des codébiteurs principaux obligés solidairement pour eux-mêmes.

Mais Vinnius répond avec Cujas que les Grecs ont donné aussi la dénomination de *fidéjusseurs mutuels* aux débiteurs principaux solidaires, parce qu'en effet, disent ces auteurs, ils répondent les uns pour les autres *mutua aut alterna fidejussione;* et l'on trouve même ces expressions employées en ce sens dans la loi *Vir uxori*, 17, § *ultim* ff. *Ad senatusc. velleianum.*

Pothier, n° 270 de son Traité *des Obligations,* entend bien aussi ces mots *alterna fidejussione obligatos sumat aliquos*, « des codébiteurs solidaires qui se sont rendus caution l'un de l'autre, et qui ont effectivement, dit-il, d'après la Novelle 99, le bénéfice de division; mais je ne vois pas, ajoute Pothier, qu'on la suive parmi nous : on n'accorde au débiteur solidaire, qui est poursuivi pour le total, d'autre bénéfice que celui de pouvoir requérir la subrogation ou la cession des actions du créancier contre ses codébiteurs solidaires... »

Enfin, Vinnius convient lui-même que le bénéfice de division n'a pas lieu entre commerçants obligés solidairement, et il dit qu'à leur égard la Novelle n'est pas applicable en ce point.

Nous n'étendrons pas plus loin cette discussion : quoi qu'il en soit, il est certain que, dans notre droit actuel, les débiteurs principaux solidaires, commerçants ou non commerçants, ne peuvent invoquer le bénéfice de division, et que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, et *exiger* de lui le total de la dette. (Art. 1203) (1).

186. Ce bénéfice aujourd'hui appartient seulement aux diverses cautions qui ont cautionné la même personne et la même dette, si toutefois encore elles n'y ont pas renoncé. (Art. 2026) (2). Mais il résulte de là que, dans notre droit, même hors le cas où l'obligation est indivisible, être tenu de toute la dette, *aut in solidum,* n'est pas la même chose qu'être tenu solidairement, puisque les débiteurs solidaires ne peuvent jamais faire prononcer la division, tandis que les cofidéjusseurs ont ce droit, s'il n'y ont pas renoncé.

Ainsi, deux personnes cautionnent la dette d'une troisième : chacune d'elles doit le tout (art. 2025) (3), sauf le bénéfice de division, si elles n'y ont pas renoncé ; tandis que si elles s'étaient obligées principalement et conjointement, chacune d'elles ne devrait que la moitié de la dette, à moins qu'elles ne se fussent obligées solidairement. Cette différence tient à ce que, par le cautionnement, chacun d'elles a répondu pour le débiteur, et par conséquent pour toute la dette. Mais comme cela a paru rigoureux, l'on a introduit le bénéfice de division, qui n'empêche pas, au surplus, que la caution qui le réclame ne doive supporter sa part dans l'insolvabilité de telle ou telle autre caution, existante au moment ou elle a fait prononcer la division (art. 2026) : elle est seulement affranchie des insolvabilités survenues depuis que cette division a eu lieu. (*Ibid.*) Et si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre la division qu'il a faite, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables (Art. 2027.)

Ainsi encore, dans le cas où deux personnes cautionnent purement et simplement, sans aucune restriction, l'obligation de deux autres qui se sont elles-mêmes obligées sans solidarité, les deux principaux obligés ne doivent bien chacun que leur part dans la dette, mais les cautions la doivent chacune en totalité ; car chacune d'elles a cautionné chacun des débiteurs, par conséquent toute la dette, puisque ces derniers la doivent à eux deux tout entière.

Mais ces cautions, si elles n'y ont pas d'ailleurs renoncé, ont le bénéfice de division comme si elles n'avaient cautionné qu'une seule et même personne ; car, dans l'un comme dans l'autre cas, c'est toujours la dette qu'elles ont cautionnée ; et si elles n'avaient cautionné spécialement que tel des débiteurs, elles ne répondraient que pour sa part, et avec le bénéfice de division, si elles n'y avaient pas renoncé.

Si elles avaient respectivement cautionné cha-

(1) Code de Hollande, art. 1319.
(2) Ibid, art. 1874

(3) Code de Hollande, art. 1873.

cun des débiteurs individuellement, chacune d'elles ne devrait aussi que la part de celui qu'elle aurait cautionné, ce qui vaudrait encore mieux pour elles que le bénéfice de division, puisqu'aucune d'elles ne répondrait de l'insolvabilité de l'autre, existante au moment où ce bénéfice serait invoqué.

Si les deux débiteurs principaux étaient obligés solidairement, chacun d'eux serait tenu de la totalité de la dette et pourrait être contraint à la payer, tandis que ceux qui les auraient cautionnés l'un et l'autre, sans solidarité, auraient le bénéfice de division, s'ils n'y avaient pas renoncé. Dans leurs rapports avec le créancier, il serait même indifférent que les cautions n'eussent cautionné que l'un de ces débiteurs seulement, car ce débiteur doit le tout par l'effet de la solidarité. Toutefois, si, dans ce cas, elles avaient payé la dette, chacune d'elles aurait bien son recours pour le total de ce qu'elle aurait payé contre le débiteur qu'elle a cautionné, mais elle n'aurait de recours contre l'autre débiteur que pour sa part seulement dans ladite dette, comme subrogée à la place du premier; au lieu que si elles les avaient cautionnés tous deux, chacune d'elles aurait son recours, à son choix, contre chacun d'eux pour le total de ce qu'elle se trouverait avoir payé. (Art. 2030) (1).

Enfin, si les diverses cautions d'une même dette contractée par une ou par plusieurs personnes, avec ou sans solidarité, n'importe, s'obligent solidairement entre elles, elles renoncent par cela même au bénéfice de division, nonobstant l'absence d'un texte positif à cet égard dans le Code.

Nous disons *nonobstant l'absence d'un texte positif dans le Code;* et en effet, l'article 2026 ne met d'autre restriction à la faculté qu'ont les diverses cautions d'une même dette, de pouvoir invoquer le bénéfice de division, que le cas où elles y ont renoncé, et il est muet sur l'effet de la convention de solidarité entre ces mêmes cautions. Il est vrai que l'article 2021 parle de cette convention, mais c'est seulement quant au bénéfice de discussion (2), et pour exclure ce bénéfice, lequel est tout à fait distinct de celui de division.

Toutefois, notre solution résulte des diverses dispositions du Code, combinées.

D'abord, de cet article 2021 (3), qui porte que lorsque la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur, elle est privée du bénéfice de discussion, *et son engagement se règle par les principes établis pour les obligations solidaires.* Or ces principes aujourd'hui sont exclusifs du bénéfice de division (art. 1203) : donc lorsque les diverses cautions se sont obligées solidairement entre elles, par cela même elles ont renoncé à ce bénéfice. C'est dans les termes du droit commun que dispose l'art. 2026 : il ne parle pas, il est vrai, de la convention de solidarité entre les cautions; il prévoit seulement le cas où elles ont renoncé au bénéfice de division par une clause spéciale; mais il n'avait pas à faire aussi une exception pour le cas de convention emportant solidarité entre les cautions, parce que l'art. 2021 avait déjà dit que la solidarité convenue par une caution se régissait par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires; d'où résultait qu'il en devait être de même de la solidarité convenue entre plusieurs cautions d'une même personne et d'une même dette. D'ailleurs, s'il n'en était ainsi, à quoi servirait cette convention? Absolument à rien, puisque les cautions, par la nature même du cautionnement, se trouvaient déjà obligées chacune à toute la dette. Or une convention doit être entendue dans un sens suivant lequel elle peut produire un effet, plutôt que dans un sens suivant lequel elle n'en produirait aucun (art. 1157); et celle dont il s'agit ne peut avoir d'effet qu'autant qu'on la considère comme une renonciation virtuelle au bénéfice de division. Aussi, quoique les cofidéjusseurs n'eussent pas dit textuellement qu'ils s'obligeaient solidairement, ou avec solidarité, néanmoins s'ils avaient déclaré s'obliger chacun pour le total de la dette, il y aurait également renonciation au bénéfice de division, puisqu'autrement ces mots, *chacun pour le total de la dette,* n'auraient aucun sens et aucun effet. Enfin, l'article 1216 suppose que la dette contractée solidairement par plusieurs ne l'a toutefois été que dans l'intérêt d'un seul, et il décide, avec raison, que, par rapport à ce débiteur, les

(1) Code de Hollande, art. 1881.

(2) Le bénéfice de discussion, *beneficium ordinis,* a été introduit par Justinien, par sa Novelle 4, chap. 1er, d'où a été tirée l'authentique PRÆSENTE, placée au Code sous le titre *de Fidejussoribus et mandatoribus*, après la loi 3.

(3) Code de Hollande, art. 1868, 1869 et 1870.

autres ne sont que ses cautions ; mais par rapport au créancier, leur obligation n'est pas moins une obligation solidaire, dont l'effet, par conséquent, exclut le bénéfice de division d'après l'art. 1203, et le bénéfice de discussion d'après l'art. 2021.

Nous n'insistons autant sur ce point que parce que, ainsi qu'on l'a vu plus haut, d'après la Novelle 99, dont la décision avait été adoptée par tous les auteurs pour les cas de simples fidéjusseurs mutuels de l'obligation d'autrui, ces fidéjusseurs, quoique s'étant soumis chacun d'eux à payer le total de la dette, n'étaient point pour cela privés du bénéfice de division : seulement ils étaient obligés d'en souffrir les conditions, c'est-à-dire de supporter leur part dans les insolvabilités existantes au temps où ils invoquaient ce bénéfice. Bien mieux, beaucoup d'auteurs, particulièrement parmi les anciens, ont même prétendu que, dans notre jurisprudence française aussi, les débiteurs principaux obligés solidairement pouvaient demander la division de l'action du créancier, sous les mêmes conditions. Mais, comme on vient de le voir par le passage de Pothier, cité ci-dessus, leur opinion, en ce point, n'était pas suivie dans nos tribunaux, la Novelle n'étant généralement pas appliquée, dans notre jurisprudence plus moderne, aux débiteurs solidaires principaux. Elle ne l'était même pas non plus toujours aux cofidéjusseurs ou cautions solidaires. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui dès qu'il y a solidarité entre les cautions ou entre les débiteurs principaux, il n'y a plus lieu au bénéfice de division. Il importe donc de se tenir en garde en lisant les anciens auteurs sur cette matière.

Mais si l'acte porte simplement que les cautions *s'obligent solidairement avec le débiteur*, elles ne renoncent par là qu'au bénéfice de discussion, et non à celui de division : la clause a un effet puissant, et il n'y a pas nécessité de lui en donner un autre, sur lequel les cautions ne se sont point expliquées. Elles sont restées entre elles dans les termes du droit commun. La solidarité simplement convenue avec le débiteur ne doit pas être étendue à leur obligation entre elles, parce que la solidarité ne se présume pas. (Art. 1202) (1). Il en serait toutefois autrement si la clause portait que les cautions s'obligent solidairement *et* avec le débiteur : la conjonction, *et* avec le débiteur, démontrerait qu'elles ont entendu s'obliger de cette manière et entre elles et aussi par rapport au débiteur, par conséquent, qu'elles ont entendu renoncer à l'un et à l'autre bénéfice.

Vice versa, la solidarité stipulée entre les cautions seulement, par exemple parce que le cautionnement a été donné par acte séparé, sans qu'on y ait fait mention de la solidarité avec le débiteur, ne priverait pas les cautions du bénéfice de discussion.

Et toujours quant au bénéfice de division, il faut tenir pour certain que, même hors les cas d'endossement ou d'aval d'effets de commerce, si deux personnes avaient cautionné la même dette par des actes séparés, dont le dernier ne rappellerait point le cautionnement porté dans le premier, aucune des cautions ne pourrait invoquer ce bénéfice, parce qu'elles ne pourraient dire qu'elles ne se sont engagées qu'en considération l'une de l'autre, raison sur laquelle il est fondé. Ces différents actes, en effet, leur seraient réciproquement étrangers.

Et si le dernier rappelait le cautionnement porté dans le premier, la seconde caution, si elle était attaquée pour le tout, pourrait bien invoquer le bénéfice de division, si toutefois encore ce n'étiait point un effet de commerce, mais la première engagée ne pourrait le réclamer par rapport à la seconde, attendu qu'elle n'a pas dû compter sur le cautionnement de celle-ci, qui est postérieur au sien ; sauf à elle à invoquer le bénéfice de discussion, si elle n'y avait pas renoncé.

Cela posé, reprenons l'analyse de la solidarité et de ses effets.

ART. II.

Des cas où la solidarité a lieu entre les débiteurs.

187. La solidarité peut généralement avoir lieu en toute sorte d'obligation. Ainsi elle peut exister entre vendeurs ou acheteurs, entre locateurs ou locataires, entre mandants ou mandataires, déposants ou dépositaires, associés, emprunteurs, etc. (2).

Elle peut être imposée par testament, par

(1) Code de Hollande, art. 1318.

(2) L. 9, *princip.* ff. *de Duob. reis stip.*

exemple, si un testateur, ayant institué deux heritiers, Titus et Mævius, a dit : *Que Titius ou Mævius paye cent à Sempronius*, dans ce cas Sempronius peut agir pour le tout contre chacun des deux héritiers, et le payement fait par l'un d'eux libère l'autre. L. 8, § 1, ff. *de Legat.* 1° : *Si ita scriptum sit : Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Seïo dato : cum utro velit Seius aget : ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.*

Toutefois Dumoulin (*Tract. de dividuis et individuis*, § 3, n°s 153 et suivants) prétend qu'il n'y a pas solidarité parfaite dans ce cas, mais seulement obligation indivisible *quoad petitionem et quoad solutionem:* d'où il conclut que s'il s'était agi d'un corps certain qui fût venu à périr par la faute de l'un des débiteurs du legs, ou depuis sa mise en demeure, et avant que l'autre eût été en retard, celui-ci aurait été libéré ; tandis qu'il eût dû le prix de la chose, si la dette eût été solidaire, attendu que dans les obligations solidaires, chacun des débiteurs garantit le fait des autres, sinon en ce qui concerne les dommages-intérêts, du moins quant à la chose elle-même; principe, en effet, consacré par l'article 1205 (1) du Code. Au lieu que dans les obligations indivisibles sans solidarité, chacun des débiteurs ne répond que de ses faits, et s'il doit le tout, ce n'est pas par le fait même de sa promesse, c'est seulement par la nature de la chose, que l'on suppose indivisible, ne garantissant d'ailleurs nullement le fait des autres débiteurs.

Pothier, au contraire, voit dans ce legs une obligation solidaire parfaite entre ceux sur lesquels il a été laissé, interprétant ces mots *quasi duo rei promittendi*, dans le sens de *quemadmodum:* comme deux débiteurs solidaires. Et il cite à l'appui de son opinion la loi 9, ff. *de duob. reis stip.*; que nous venons de citer nous-même, mais qui ne contredit en rien l'interprétation de Dumoulin, interprétation, selon nous, plus exacte et plus conforme aux principes.

188. Il n'y aurait pas solidarité dans le cas où plusieurs personnes s'obligeraient par des actes séparés, quoique ce fût à la même chose, si la seconde promesse ne se référait pas expressément à la première: ce seraient deux promesses quant à la chose comme quant aux personnes, et par conséquent deux obligations distinctes. Si la seconde promesse se référait à la première, il y aurait solidarité (2), à moins que cette seconde promesse ne fût qu'un simple cautionnement de la première ; ce qui s'estimerait par les termes de l'acte, l'intention probable des parties, et surtout par l'existence ou l'absence d'une cause particulière de l'obligation du signataire de ce second acte.

A plus forte raison, si les choses promises par plusieurs personnes, quoique par le même acte, n'étaient point les mêmes, il n'y aurait pas non plus solidarité, mais bien autant d'obligations que de choses différentes; et si les choses étant les mêmes, l'un des obligés s'était soumis à quelque chose de plus que l'autre, la solidarité n'existerait pas pour cet excédant. Par exemple, si l'un d'eux seulement avait pris sur lui les cas fortuits, ou s'était obligé à répondre de toute espèce de faute quelconque, quand l'autre, par la nature du contrat ou par une clause de l'acte ne devrait répondre que de la faute moyenne ou de la grande faute, la solidarité n'existerait pas pour ce qui excéderait l'obligation de ce dernier débiteur (3).

189. Mais l'obligation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose : par exemple, si l'un a pris un terme qui n'a point été accordé à l'autre, ou qui lui a été accordé moins long ; ou si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple (4) (art. 1201 (5)) ou sous une condition différente ; oubien encore, si l'un des débiteurs doit payer dans un lieu, et l'autre dans un lieu différent : *Nam et si maxime parem causam suscipiunt, nihilominus a cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.* L. 9, § 2, *de Duob. reis.*

Aussi l'incapacité de l'un des obligés, sa minorité ou son interdiction, n'empêche point l'obli-

(1) Code de Hollande, art. 1321.
(2) *Voyez* la loi 3, *princip.* ff. *de Duobus reis stip.*
(3) *Voyez* la loi 9, § 1, ff. *de Duob. reis stip.*
(4) Loi 7, ff. *de Duob. reis stip.*
(5) Code de Hollande, art. 1317.

gation d'être solidaire ; seulement elle fournit à l'incapable une action ou une exception personnelle pour faire annuler son engagement, s'il y a lieu, et dont l'autre coobligé ne peut se prévaloir (art. 1208) (1), ainsi que nous l'expliquerons bientôt.

Par les mêmes motifs, la solidarité n'en existe pas moins quoique l'un des obligés fût, par sa qualité ou quelque circonstance particulière, soumis à la contrainte par corps à raison de la dette, tandis que les autres n'y seraient pas soumis, par exemple, parce qu'ils seraient mineurs.

Mais, en réalité, dans le cas où l'un des deux débiteurs ne s'est engagé que sous une condition suspensive, la solidarité n'existera que du moment où la condition se réalisera puisque jusque-là il n'y a point à proprement parler de dette quant à ce débiteur : il y a *tantum spes debitum iri* (2) ; d'où il est plus vrai de dire qu'il y a seulement *espérance* de solidarité tant que la condition n'est point accomplie. Aussi le débiteur obligé purement et qui a été forcé de payer toute la dette, doit, pour exercer son recours contre celui qui ne s'est obligé que conditionnellement, attendre que la condition se soit réalisée ; et si c'était simplement un terme qui eût été accordé à l'autre débiteur, le premier n'exercerait pareillement son recours qu'après l'expiration de ce terme ; car la condition et le terme ont leur effet aussi bien dans les rapports des débiteurs entre eux, que dans les rapports du débiteur obligé de cette manière et le créancier.

La personne qui les aurait cautionnés l'un et l'autre et qui aurait payé toute la dette, aurait par conséquent de suite son recours et pour le total contre le débiteur pur et simple (art. 2030) (3); et elle serait obligée d'attendre l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme pour pouvoir poursuivre l'autre.

190. Nous avons dit que, d'après l'art. 1202, la solidarité ne se présume point; qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée, et que cette règle ne cesse que dans les cas seulement où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

Mais la solidarité serait expressément stipulée si les débiteurs déclaraient *s'obliger chacun au payement du total de la dette*, quand bien même ils ne diraient pas textuellement qu'ils s'obligent solidairement, ou avec solidarité ; car il n'y a pas de termes sacramentels prescrits à cet effet, et la solidarité n'est rien autre chose que l'obligation imposée par la loi ou par la convention à chacun des débiteurs principaux de payer le total de la dette.

Nous disons *imposée par la loi... à chacun des débiteurs principaux de payer le total de la dette*, parce qu'en effet l'obligation de chacune des cautions pour la totalité de la dette, et résultant de la seule disposition de la loi (art. 2025), n'est pas exclusive du bénéfice de division, loin de là (article 2026) ; tandis qu'entre les débiteurs principaux, cette obligation est exclusive de ce bénéfice, soit que la solidarité résulte de la loi, soit qu'elle résulte de leur convention ; comme elle l'exclut également entre les cautions elles-mêmes quand elles ont déclaré formellement s'obliger chacune au payement de toute la dette, quoiqu'elles n'aient pas dit d'ailleurs littéralement qu'elles s'obligeaient solidairement, ou avec solidarité ; car, encore une fois, ces termes ne sont point sacramentels.

191. Comme la plupart des cas dans lesquels la loi a établi la solidarité entre les débiteurs donnent plus ou moins lieu à quelque difficulté, et font naître ainsi quelques questions importantes, nous croyons utile de les parcourir, du moins les principaux. Nous le ferons au surplus rapidement, autant qu'il nous sera possible.

Suivant l'art. 55 du Code pénal, « tous les « individus condamnés pour un même crime ou « un même délit, sont tenus solidairement des « amendes, des restitutions, des dommages-in- « térêts et des frais. »

Il en est ainsi lors même que, à raison de quelque circonstance particulière, tel ou tel des condamnés serait jugé moins coupable, et serait, en conséquence, condamné à une peine moindre, même à une peine correctionnelle pour simple délit, quand les autres seraient cependant con-

(1) Code de Hollande, art. 1323.
(2) *Voyez supra*, nos 9 *et seq.*
(3) Code de Hollande, art. 1878.

damnés à une peine pour crime : ces condamnés à une peine moindre n'en sont pas moins solidairement obligés.

192. Mais en matière civile, comme aucune disposition de la loi n'établit la solidarité pour les *dépens* entre les parties qui succombent (1), les tribunaux ne pourraient la prononcer sans commettre un excès de pouvoir, ainsi que l'a jugé la cour de cassation par ses arrêts du 21 messidor an IV et du 15 mai 1811, cités au *Répertoire* de M. Merlin au mot *Dépens* (2).

Ces principes sont applicables aussi au cas où la dette serait solidaire, commerciale ou civile, n'importe, parce que le créancier, en agissant contre tous, a divisé son action pour les dépens, lesquels sont dus en vertu d'une obligation personnelle tacite de la part de celui qui succombe (3), et que d'ailleurs les dépens ne sont point à proprement parler un accessoire de la dette. En un mot, la loi ne prononçant pas la solidarité pour les dépens, même dans le cas de solidarité, les tribunaux ne doivent pas, par conséquent, la prononcer quant à cet objet.

On cite même plusieurs arrêts rendus dans l'ancienne jurisprudence, notamment un du parlement de Paris, du 19 juin 1730, dont parle aussi M. Merlin, au même endroit, qui ont jugé que la division des dépens entre les parties qui succombent ne doit pas se faire en proportion de l'intérêt que chacun avait de contester, mais par têtes. Plusieurs auteurs (4) ont établi cette doctrine, en s'appuyant des lois romaines, telle que la oi 10, § 3, ff. *de Appell. et relat.* Mais on peut en contester la justesse. Ces lois d'ailleurs décident simplement que la condamnation aux dépens ne doit pas être solidaire même dans les obligations solidaires ; mais elles statuent sur des cas où l'intérêt était égal : elles sont muettes sur le cas où il ne l'est pas.

193. Quant aux dommages-intérêts en matière civile ou commerciale, si l'obligation est solidaire, la condamnation aux dommages-intérêts doit être prononcée solidairement, parce qu'ils participent de la nature de l'obligation elle-même, et la remplacent même souvent.

Si l'obligation n'est point solidaire, et que néanmoins les divers débiteurs doivent des dommages-intérêts pour inexécution de leurs engagements respectifs, ces dommages-intérêts sont supportés par chacun d'eux dans la proportion de sa part dans la dette ; sans préjudice du cas où l'un d'eux aurait fait périr la chose, cas dans lequel il serait tenu des dommages-intérêts même pour le tout.

194. Toutefois, dans un cas où il n'y avait ni crime ni délit, mais de simples faits commis par plusieurs qui avaient nui à des tiers, on a jugé qu'attendu l'impossibilité de déterminer la proportion dans laquelle chacun d'eux avait contribué au préjudice, il y avait lieu à les condamner solidairement aux dommages-intérêts envers les parties lésées, sauf à eux à répartir entre eux la somme allouée.

Dans l'espèce, il s'agissait de l'exploitation de divers établissements insalubres (de fabriques de soude factice), appartenant à différents particuliers, autorisées par l'administration, mais mal exploitées, et qui avaient nui aux voisins par la vapeur des matières employées. Il y avait donc un quasi-délit. La cour d'Aix, par son arrêt du 14 mai 1825 (5), a dit que « pour ce qui « concerne la solidarité entre les propriétaires de « ces divers établissements, elle est la consé-

(1) La solidarité n'avait pas lieu non plus dans le droit romain pour cet objet. L. 43, ff. *de Re judicata;* L. 10, § 3, ff. *de Appellat. et relationib.;* et L. 59, § 3, ff. *Mandati.*

(2) La cour de cassation a néanmoins jugé que, en matière de délit dont la réparation est demandée par voie civile, les tribunaux *peuvent* condamner les divers défendeurs solidairement aux *dépens*, parce que ces dépens sont le supplément ou le complément de la réparation civile, qui avait donné lieu à l'action, et qu'en ce sens la solidarité n'est contraire ni à l'art. 1202 du Code civil, ni à aucune autre loi. Arrêt du 6 septembre 1813. (Sirey, 14, 1, 57.) Mais *voyez* plus bas, n° 194.

(3) M. Berriat-Saint-Prix, dans son *Cours de procédure civile*, chapitre *des Frais ou dépens des actes de procédure*, cite un grand nombre d'autorités à l'appui de cette décision.

Il cite toutefois aussi, mais en l'improuvant, et avec raison, un arrêt de la cour de Rouen, du 17 mars 1808, qui a condamné solidairement aux dépens plusieurs cohéritiers demandeurs pour une prétendue créance de l'hérédité. Cet arrêt est d'autant plus fautif qu'il n'existait même aucune solidarité entre ces cohéritiers.

(4) Cités aussi par M. Berriat-Saint-Prix, et dont il n'adopte point, au surplus, l'opinion, « parce que, dit-il, on ne « doit être tenu d'indemniser d'un dommage (et les dépens en « sont bien une espèce) qu'à proportion de ce qu'on y a parti- « cipé. »

(5) Sirey, 27, 1, 236.

« quence, en fait et en droit, du dommage causé « par leur faute et leur quasi-délit, résultant « de la manière abusive dont ils avaient exploité « leurs divers établissements; que c'est un fait « commun à tous les fabricants et le fait parti- « culier de chacun d'eux; que si, par la manière « indivisible dont le dommage s'est effectué, et « par le résultat d'une faute particulière et « commune, le fait de chacun des fabricants « était le fait de chacun, la réparation est « due par tous et par chacun, *et in totum* « *et totaliter*, et que cette solidarité est con- « forme aux principes du droit; car, puisqu'un « mandataire qui a fait volontairement des avan- « ces dans l'intérêt de plusieurs mandants, et « pour une affaire commune à ceux-ci, peut les « répéter solidairement contre eux, à plus forte « raison celui qui, malgré lui, éprouve un dom- « mage, doit-il pouvoir en demander solidaire- « ment la réparation contre les personnes qui l'ont « conjointement occasionné: — Considérant que « ce principe, que la solidarité ne se présume « pas, n'est applicable qu'aux conventions, où « celui qui la réclame sans l'avoir stipulée, a « toujours à se reprocher de n'en avoir pas fait « une condition expresse du contrat; que la « solidarité est, au contraire, de droit dans les « délits contre tous ceux qui, même sans concert « prémédité entre eux, concourent à l'action, « quel que soit d'ailleurs le degré de culpabilité « respective et les circonstances qui modifient « cette culpabilité: — Considérant qu'en matière « de quasi-délit il en est de même qu'en matière « de délit, puisque le quasi-délit repose, comme « le délit, sur un fait illicite, prohibé, et qui « n'est pas susceptible de stipulation à l'instant « où il y a lieu de la part de celui qui en est « la victime, et que, dans l'un comme dans « l'autre cas, la solidarité résulte de la nature « et de la force des choses. — Par tous ces « motifs, il y avait lieu de prononcer la solida- « rité, etc. »

Ainsi, la cour d'Aix a reconnu en droit que la solidarité existe entre les auteurs d'un fait réputé simplement quasi-délit et dont la répression est poursuivie par la voie civile, comme entre les auteurs d'un fait qualifié délit par la loi; tandis qu'aucune disposition, soit du Code civil, soit du Code pénal, n'établit la solidarité en matière de *quasi-délit*, et que le Code civil défend expressément aux juges de la voir ailleurs que dans une convention expresse des parties, ou dans une disposition de la loi. Cette cour l'a donc prononcée par *analogie* de motifs, c'est-à-dire qu'elle a ajouté à la loi, précisément dans une matière où la loi elle-même défend que l'on étende ses dispositions.

Sur le pourvoi en cassation, la cour suprême a confirmé, mais par d'autres motifs: « Considérant, a-t-elle dit, qu'il y a eu nécessité pour « la cour royale de prononcer une condamnation « solidaire par l'impossibilité où elle a déclaré se « trouver en fait de déterminer la proportion « dans laquelle chaque établissement devait être « tenu des dommages, et que cette proportion « serait d'ailleurs réglée d'une manière plus « exacte par les propriétaires desdits établisse- « ments, qui ont déjà fait des offres sur les- « quelles l'arrêt a basé sa condamnation; re- « jette (1). »

Comme on le voit, la cour de cassation n'a pas cru devoir s'expliquer en droit sur la question de savoir si la solidarité existe entre les auteurs d'un fait qualifié simplement *quasi-delit*, dont la répression est poursuivie seulement devant les tribunaux civils: elle a éludé la difficulté. Cependant c'est un point infiniment important et qui mériterait d'être fixé.

Mais sa jurisprudence est tellement incertaine sur ce cas, comme sur tant d'autres, que l'on ne sait vraiment à quoi s'en tenir.

Ainsi, par son arrêt du 27 février 1827 (2), elle a aussi confirmé un arrêt de la cour de Rouen qui a condamné un mari comme solidairement obligé avec sa femme pour un fait à raison duquel celle-ci avait été déclarée passible de dommages-intérêts. C'était une question de responsabilité maritale, et, sous ce rapport, dès que l'on reconnaissait que le mari était responsable du fait de sa femme dans le cas dont il s'agissait, l'on conçoit très-bien qu'il a pu et même qu'il a dû être condamné solidairement, parce qu'en effet celui qui est responsable du fait d'un autre, doit le total des réparations civiles dont est

(1) Arrêt du 11 juillet 1826. (Sirey, 27, I, 237.)

(2) Sirey, 1827, I, 228.

tenu l'auteur du fait, sauf son recours, s'il y a lieu.

Mais elle a jugé implicitement, et néanmoins fort clairement, même par arrêt de cassation (1), que la solidarité n'a pas lieu pour les dommages-intérêts en matière civile, à raison de faits qui ont nui à autrui, et dans un cas où il n'eût pu y avoir tout au plus qu'un de ces quasi-délits renfermés dans la généralité des termes des articles 1382 et 1383 (2) du Code civil.

La cour royale de Bordeaux a pareillement jugé qu'un fait dommageable de sa nature ne donne pas lieu à une condamnation solidaire entre ceux qui l'ont commis, lorsque la réparation en est poursuivie seulement devant les tribunaux civils (3); tandis que la cour royale de Paris a jugé le contraire (4) dans l'espèce d'un contrat de vente simulé qui avait nui à un tiers : la cour a condamné solidairement l'acheteur aux dommages-intérêts envers le tiers; et la cour de Nancy a jugé dans le même sens, le 18 mai 1827 (5).

Tel est jusqu'à ce jour l'état de la jurisprudence, sur ce point délicat; et pour dire notre pensée, la condamnation pour simple *quasi-délit* dont la réparation est poursuivie devant les tribunaux civils ne devrait pas, dans l'état actuel de la législation, être prononcée solidairement, à cause du texte formel de l'art. 1202 du Code civil, quoiqu'il y eût lieu d'ailleurs, nous en tombons volontiers d'accord, à modifier le droit en ce point. Mais d'un autre côté, nous croyons que le mot *délit* dans l'art. 55 du Code pénal, est une expression générique s'appliquant aussi aux simples contraventions, en un mot à tous les faits qui donnent lieu à des condamnations *pénales* prononcées par les dispositions de ce Code, ou par d'autres lois, quand bien même la poursuite en dommages-intérêts ou réparations civiles aurait lieu devant les tribuaux civils. Il suffit qu'il y ait lieu à une peine, même simplement pécuniaire, c'est-à-dire l'amende.

195. Les associés commerçants en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale (art. 22, Cod. de comm.); autrement l'associé serait censé avoir traité pour ses affaires personnelles, sauf ce qui va être dit tout à l'heure.

Au lieu que dans les sociétés en matière civile, les associés, s'ils ne se sont pas expressément soumis à la solidarité, ne sont pas tenus solidairement des dettes de la société, et l'un d'eux ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir (Art. 1862) (6).

Mais les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. (Article 1863) (7).

Du reste, la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant, et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. (Art. 1865) (8).

Dans le cas de société commerciale en nom collectif, si tous les associés ne gèrent pas, si l'acte de société en désigne un ou plusieurs seulement comme gérants, alors les autres n'ont pas le pouvoir d'obliger les premiers, quand même ils signeraient *un tel et compagnie;* ils ne les obligeraient que jusqu'à concurrence de ce qui serait prouvé avoir tourné au profit de la société, et le signataire de l'acte le serait pour le tout. S'ils étaient plusieurs qui eussent signé avec l'addition *et compagnie*, et sans avoir cependant qualité pour cela, ils seraient tenus solidairement entre eux, puisque leur propre obligation doit bien avoir autant d'effet que celle qu'ils auraient contractée par le ministère des gérants.

Lorsque l'engagement a été régulièrement contracté sous la raison sociale, par celui qui avait le droit de le faire, par exemple un acte d'emprunt ou un achat de marchandises, quand bien même l'associé qui l'a souscrit n'aurait pas employé les valeurs par lui reçues dans l'intérêt de

(1) Du 3 décembre 1827. (Sirey, 1828, I, 161.)
(2) Code de Hollande, art. 1401 et 1402.
(3) Arrêt du 16 février 1829. (Sirey, 1829, II, 300.)
(4) Arrêt du 26 février 1829. (Sirey, 1829, II, 136.)
(5) Sirey, 1827, II, 229.
(6) Code de Hollande, art. 1679.
(7) Ibid., art. 1680.
(8) Ibid., art. 1683.

la société, mais bien pour son compte particulier, ou qu'il les aurait dissipées, les autres associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société n'en seraient pas moins tenus, et solidairement, envers le créancier. La sûreté des tiers qui contractent régulièrement sous la foi de la raison sociale avec celui qui a qualité pour obliger la société, le veut ainsi.

Pothier (*des Obligations*, n° 83) pense toutefois que, s'il paraissait par la nature de l'acte, que cet acte ne concerne point les affaires de la société, par exemple, dit-il, s'il s'agissait d'un bail d'héritages appartenant en propre à l'associé, ce bail, quoique signé sous la raison sociale *et compagnie*, ne serait point obligatoire pour les autres associés. Cela est vrai si l'autre partie connaissait, par le bail ou autrement, que les héritages appartiennent en particulier à l'associé; car l'art. 22 du Code de commerce, en établissant la solidarité entre les associés en nom collectif, pour les engagements signés sous la raison sociale, parle *des engagements de la société*, ce qui veut dire pour les affaires qui concernent la société. Mais s'il y avait du doute, si le preneur a pu croire que c'étaient des immeubles appartenant à la société qui lui étaient affermés, alors l'engagement serait régi comme les autres engagements de la société signés sous la raison sociale, sauf le recours des autres associés, s'il y avait lieu, contre le coassocié. Ce n'est pas là en effet établir la solidarité dans le doute, c'est seulement assurer aux tiers la garantie que la loi leur a donnée pour les engagements contractés sous la raison sociale, et qu'ils ont pu croire être des engagements pour les affaires de la société, dès qu'ils étaient contractés en cette forme.

Pothier dit, en sens inverse, que lorsque l'associé n'a pas signé *et compagnie*, il est censé avoir contracté pour ses affaires particulières, et qu'il n'oblige pas ses associés. C'est en effet le principe adopté par l'art. 22 du Code de commerce. Mais cet auteur ajoute, et avec raison, que si néanmoins le créancier justifie qu'il a contracté au nom de la société et que le contrat concernait effectivement les affaires de la société, les autres associés sont obligés comme si l'acte avait été signé sous la raison sociale. D'après cela, il y aurait solidarité entre les associés. En effet, la condition exigée par cet art. 22, que les engagements soient signés sous la raison sociale, pour qu'il y ait solidarité entre les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, n'a pas pour but de limiter à ces seuls engagements la solidarité, mais bien d'établir la présomption que ceux qui sont contractés autrement par un associé, sont censés consentis pour son compte particulier, et en conséquence qu'ils n'obligent point la société; mais lorsque cette présomption est détruite par la preuve que l'engagement a réellement été contracté pour le compte et l'intérêt de la société, alors cet engagement est comme tout autre qui serait signé sous la raison sociale, et il doit produire les mêmes effets. Bien certainement celui qui aurait fait les affaires de la société sans mandat, par exemple celui qui aurait payé une dette de la société, aurait l'action de gestion d'affaires, et solidairement, contre chacun des associés en nom collectif; or la raison est la même dans l'espèce.

196. Enfin, plus loin (n° 265) Pothier dit aussi : « Deux marchands qui achètent ensemble « une partie de marchandises, quoiqu'ils n'aient « d'ailleurs aucune société entre eux, sont cen- « sés associés pour cet achat, et, comme tels, « ils sont obligés solidairement, quoique la soli- « darité ne soit pas exprimée. Bornier, sur « l'art. 7 du titre IV de l'ordonnance de com- « merce de 1673, rapporte un arrêt du parle- « ment de Toulouse qui l'a ainsi jugé, et cela a « passé en maxime. »

C'est aussi l'avis de Jousse, et de Savary, *Parère* 61, qui se fondent sur la loi 4, ff. *Pro socio*, où il est dit : *Societas coiri potest re.*

Il en devrait être de même, à plus forte raison, si deux commerçants qui ont formé une association en participation traitaient conjointement pour une chose relative à celle qui leur serait commune.

M. Pardessus a suivi la doctrine de ces auteurs, dans son *Cours de droit commercial* (1), où il dit que si deux associés en participation ont signé un engagement relatif à la chose commune, ils sont obligés solidairement, et qu'il en est de même quoique l'engagement n'eût été signé que par l'un d'eux seulement, s'il est prouvé, soit

(1) Tome II, n° 182, et tome IV, n° 1049, édition de 1821.

par témoins, soit autrement, que ce que le créancier a fourni est entré dans l'opération commune. Il n'y aurait, selon cet auteur, d'autre différence, quant à la solidarité, entre les associés en nom collectif et ceux en participation, qu'en ce que pour les premiers, ils sont solidaires pour tous les engagements signés sous la raison sociale, quand même la chose reçue n'aurait pas tourné au profit de la société; au lieu que pour les seconds, c'est la preuve que l'engagement a été contracté pour la chose commune, ou la signature des divers associés, qui les oblige solidairement. Et M. Pardessus cite à ce sujet l'article 1862 (1) du Code civil, qui dit, en effet: « Dans les sociétés *autres que celles de commerce,* « les associés ne sont pas tenus solidairement des « dettes sociales; et l'un des associés ne peut « obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont « conféré le pouvoir: » d'où il conclut implicitement que dans les sociétés en participation comme dans les sociétés en nom collectif, les associés sont encore aujourd'hui tenus solidairement, ainsi qu'ils l'étaient dans les anciens principes.

Mais on peut en douter, et pour nous, qui nous sommes fait une règle de ne voir la solidarité que dans les cas où elle a été expressément convenue, et dans ceux où la loi l'a positivement établie, nous doutons très-fort qu'elle existe, dans le droit actuel, et sans stipulation, entre deux marchands qui achètent en commun une partie de marchandises, ou qui traitent avec un tiers d'affaires relatives à l'association en participation déjà existante entre eux; en un mot, nous ne croyons pas que, dans les principes actuels, la solidarité ait lieu de droit dans les simples associations en participation, sans préjudice, bien entendu, de celle résultant des lettres de change et billets à ordre, dont nous parlerons plus loin.

En effet, ces expressions de l'art. 1862, *autres que celles de commerce*, ne signifient pas que la solidarité a lieu dans toute société de commerce; car l'article avait seulement pour objet d'établir, 1° qu'elle n'aurait pas lieu de droit dans les sociétés non commerciales; et 2° que l'un des associés ne pourrait obliger les autres sans un pouvoir à cet effet: ce qui prouve bien évidemment que l'on avait en vue les sociétés en nom collectif, dans lesquelles l'un des associés, au contraire, oblige les autres, lorsqu'il contracte sous la raison sociale. Tout ce qu'on peut inférer de ces expressions, c'est que ce sont les lois sur le commerce qui régissent, quant à la solidarité, comme pour d'autres objets encore, les sociétés formées entre commerçants; or le Code de commerce n'établit la solidarité que dans les sociétés en nom collectif; il n'en dit pas un mot quant aux associations en participation: c'est peut-être une omission, mais enfin elle existe, et ce n'est point aux juges qu'il appartient de la réparer; par conséquent, ces associations sont laissées, quant à cet objet, sous l'empire du droit commun établi par l'art. 1202 du Code civil.

D'ailleurs, l'art. 19 du Code de commerce reconnaît seulement trois espèces de *sociétés* commerciales: celle en nom collectif, celle en commandite, et la société anonyme. A la vérité l'article 47 dit qu'indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les *associations commerciales en participation*; mais cette distinction répondrait déjà en partie à l'argument tiré de ces expressions de l'art. 1862 du Code civil, *autres que celles de commerce*, puisque le Code de commerce lui-même ne considère point les *associations en participation* comme de véritables *sociétés de commerce*.

L'art. 1107 du Code civil porte que les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce; et enfin l'art. 18 du Code de commerce dit que le contrat de société se règle par le *droit civil*, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties: donc, hors le cas d'une disposition particulière au commerce, ou d'une convention des parties, la société, même entre commerçants, est régie par le droit civil; donc elle n'emporte point solidarité: or le Code de commerce, loin de l'établir en toute société de commerce, ne l'établit que dans les sociétés en nom collectif. Nous ne voyons pas ce que l'on peut répondre à des dispositions si formelles, tout en reconnaissant d'ailleurs qu'il eût peut-être été utile aussi d'établir la solidarité dans les associations en participation; mais encore une fois la loi ne l'a pas fait.

(1) Code de Hollande, art. 1679.

La doctrine ancienne était fondée en raison : elle était le résultat de la disposition de l'art. 7 du tit. IV de l'ordonnance de 1673 *sur le commerce*, qui établissait la solidarité entre associés commerçants indistinctement; car il y a effectivement société pour un objet acheté en commun pour être revendu en commun, ou pour être gardé en communauté. Mais on est forcé de convenir qu'aujourd'hui cette espèce de société n'entraîne, par aucune disposition quelconque, soit du Code civil, soit du Code de commerce, la solidarité entre les acheteurs dont il s'agit, quoique leur acte puisse être qualifié *association en participation.*

Un arrêt de la cour de Paris, du 3 fév. 1809 (1), a toutefois reconnu, en principe, que la solidarité existait de droit entre les intéressés dans une association en participation ; mais l'espèce était née sous l'empire des lois antérieures au Code de commerce et même au Code civil : l'acte était du 11 brumaire an II. En sorte que cet arrêt n'est d'aucun poids dans la question.

Un autre arrêt de la même cour, confirmé ensuite en cassation, le 26 mars 1717 (2), a pareillement condamné solidairement un individu, reconnu en fait sociétaire en participation, au payement de lettres de change signées par deux coassociés, quoique ce ne fût point sous une raison sociale ; mais il y avait dans la cause des faits et des circonstances particulières qui attestaient évidemment que les signataires n'étaient à peu près que des prête-noms, avec une modique part dans les bénéfices, et que le défendeur gérait seul les affaires de la société, tenait seul les registres et avait seul fait une mise effective, les autres n'ayant mis, sous la couleur d'une location, que leur industrie seulement, pour un faible intérêt, et les lettres de change avaient été souscrites pour des marchandises qui avaient été employées dans l'intérêt du défendeur à peu près seul. Ainsi ce second arrêt n'est non plus d'aucune autorité dans la question qui nous occupe.

Quoi qu'il en soit, postérieurement (3), cette cour a reconnu aussi, en principe, que, suivant la législation actuelle, la solidarité n'existe pas, de droit, dans les sociétés en participation ; et sur le pourvoi, la cour de cassation a confirmé en ces termes (4) : « Attendu que l'arrêt attaqué en déclarant, en droit, que les membres d'une société « en participation n'étaient point solidaires, et « n'étaient tenus que de leurs engagements personnels, loin d'avoir violé les dispositions du « Code de commerce, et notamment les art. 18 « et 48 dudit Code, s'y est, au contraire, exactement conformé, etc.; rejette. »

On avait aussi invoqué, à l'appui du pourvoi, ces mots de l'art. 1862 du Code civil, *autres que celles de commerce;* mais comme ils ne signifient point que dans *toute* société de commerce il y a solidarité de droit entre les associés, la cour de cassation n'a eu aucun égard à ce moyen.

A la vérité, dans l'espèce, il s'agissait seulement de savoir si les engagements souscrits par l'un des associés en participation étaient obligatoires pour les autres ; tandis que, dans l'espèce de la question posée d'abord, il s'agit de savoir si deux commerçants qui achètent en commun une partie de marchandises, ou qui traitent conjointement pour une affaire relative à celle qui leur est commune, sont tenus, de droit, solidairement au payement du prix, ou de l'obligation ; mais le principe est le même : dès qu'on reconnaît que le droit actuel n'établit pas la solidarité entre les associés simplement associés en participation, chacun ne doit être tenu que de sa part virile dans le prix de l'achat ou dans l'obligation, conformément au droit commun, s'ils n'y ont point, du reste, dérogé par une convention de solidarité.

Aucune raison, d'ailleurs, ne milite en faveur de la solidarité lorsque la marchandise n'est point achetée en vue d'être revendue en commun, mais bien pour être partagée de suite, ce qui a lieu fréquemment : par exemple, lorsque deux marchands de vin, faisant un commerce séparé, achètent une partie de vin pour la partager à l'instant même, pour leur débit particulier ; car, dans ce cas, aucun d'eux n'a inspection sur la portion de l'autre, comme dans les sociétés en nom collectif : leurs intérêts sont tout à fait distincts : l'un peut perdre sur sa partie, et l'autre

(1) Sirey, 1809, II, 242.
(2) Ibid., tome XVIII, part. 1, page 53.
(3) Le 8 juillet 1819. (Sirey, 22, I, 77.)
(4) Arrêt du 9 janvier 1811. (Sirey, *ibid.* page 78.)

gagner sur la sienne ; en un mot, aucune des raisons qui ont fait établir la solidarité dans les sociétés en nom collectif ne se rencontre en pareil cas. Mais il faut même le décider ainsi dans les achats faits en commun pour revendre en commun, ou pour garder, puisque, encore une fois, la loi actuelle n'établit pas non plus la solidarité dans ces cas ; et le juge ne saurait ajouter à sa disposition en ce point sans commettre un excès de pouvoir. La solidarité est de droit étroit, de droit exorbitant.

197. Lorsqu'une femme mariée en communauté contracte une dette avec le consentement de son mari, elle oblige solidairement celui-ci, d'après l'art. 1419 (1), parce que la loi suppose que c'est dans l'intérêt de la communauté, ou du mari, que la dette a été contractée, et qu'elle a craint que le mari n'employât à cet effet le ministère de sa femme pour se soustraire aux conséquences des engagements formés en réalité dans son intérêt. A plus forte raison, dans le même cas de communauté, le mari est-il solidairement obligé, s'il s'est obligé conjointement avec sa femme, quoique la solidarité ne fût pas stipulée dans l'acte, sauf, bien entendu, convention contraire. Mais dans l'espèce, la femme ne serait tenue que pour sa part, conformément au droit commun. (Art. 1487.)

Si la femme est marchande publique, et qu'il y ait pareillement communauté entre les époux, elle oblige son mari pour les dettes qui concernent son négoce (art. 220 et 1426), et elle l'oblige aussi solidairement. (Art. 1419) (2).

198. Si plusieurs ont conjointement emprunté à usage une chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur. (Article 1887) (3).

Mais, en sens inverse, si plusieurs copropriétaires du même objet l'ont prêté à une ou plusieurs personnes, ils ne sont point solidairement tenus de l'action qu'aurait l'emprunteur à raison des indemnités qui pourraient, d'après l'article 1890 (4), lui être dues, pour des dépenses extraordinaires qu'il aurait été obligé de faire pour la conservation de la chose ; car la loi n'établit point la solidarité dans ce cas, et la raison de l'établir n'était point la même que dans le cas précédent, où le contrat est à l'avantage seulement des débiteurs, tandis que dans celui-ci il a été fait dans le seul intérêt du créancier. Et quant aux dommages-intérêts qui pourraient être dus à l'emprunteur, à cause des défauts cachés de la chose, que les prêteurs connaissaient et qui lui ont nui (art. 1891), la question de savoir si les prêteurs en sont tenus solidairement dépend de celle qui a été discutée précédemment, savoir si, en matière de quasi-délit, la solidarité a lieu entre ceux qui ont commis le fait, lorsque la réparation en est poursuivie par la voie civile ; car évidemment, dans ce cas, il y a un quasi-délit, qui précède ou accompagne la formation du contrat ; et quelquefois même il pourra y avoir un délit véritable.

199. *Quid* en matière de dépôt, soit à l'égard des dépositaires, soit à l'égard des déposants ? Le Code est muet sur la solidarité à l'égard des uns et des autres, quoiqu'il l'établisse d'ailleurs entre les personnes qui ont constitué un mandataire pour une affaire commune. (Article 2002) (5).

Quant aux dépositaires, il semblerait, d'après la loi 9 *princip.* ff. *de Duobus reis stipul.*, qu'elle existait en droit romain entre eux comme entre les commodataires ou emprunteurs à usage : *Eamdem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodavi : fiunt duo rei promittendi.* Mais Huberus infère de ces mots *utriusque fidem in solidum secutus*, que le jurisconsulte raisonne dans l'hypothèse d'une convention de solidarité ; d'où il conclut qu'elle n'avait pas lieu de droit (6) ; tandis que d'autres pensent que ces mots n'expriment que le fait même du dépôt ou du commodat, par conséquent une simple convention *tacite* emportant la solidarité.

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) *Voyez* tome II, n° 481.

(3) Code de Hollande, art. 1786.

(4) Ibid.

(5) Ibid., art. 1840.

(6) *Voyez* toutefois la loi 1re, § 43, ff. *Depositi vel contra.* Mais il est certain que cette solidarité n'avait pas en tout point les mêmes effets que celle qui existait entre deux *rei promittendi.*

Quoi qu'il en soit, l'art. 1202 (1) ne permet pas de décider qu'elle existe aujourd'hui, de droit, entre deux dépositaires, puisqu'aucune disposition du titre du dépôt ne l'établit; sauf toutefois le cas où ils auraient commis un abus de confiance en détournant ou dissipant le dépôt; car alors il y aurait délit, suivant l'article 408 du Code pénal, et par conséquent solidarité entre ceux qui seraient coupables du fait, d'après l'article 55 du même Code, la réparation fût-elle poursuivie devant les tribunaux civils.

Mais dans le cas de simple faute ou négligence, il n'y aura point solidarité entre les divers dépositaires, parce qu'il n'y aura pas de délit, et que, suivant nous, la solidarité en matière de quasi-délits (en supposant qu'il y eût lieu de qualifier ainsi le fait de négligence ou d'imprudence commis à l'occasion d'un contrat, ce que nous ne croyons pas vrai d'une manière absolue), ce n'est que devant les tribunaux de police que la solidarité peut être prononcée. A la vérité, le dépôt est indivisible dans l'intention des contractants, lors même qu'il est d'une chose divisible (art. 1218) (2), cas dans lequel encore la divisibilité n'a d'effet que relativement à la restitution aux différents héritiers du déposant, à chacun desquels la chose doit être restituée pour sa part seulement (art. 1939) (3); mais l'indivisibilité n'est point la solidarité. Si les dépositaires étaient solidaires, la perte de la chose déposée, arrivée par la faute de l'un d'eux, ou depuis sa mise en demeure, ne libérerait pas les autres, lesquels, à la vérité, ne devraient pas de dommages-intérêts, mais devraient du moins le prix de la chose (art. 1205) (4); au lieu que dans les obligations simplement indivisibles sans solidarité, la perte de la chose arrivée par la faute de l'un des débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, mais sans que les autres aient été en faute ou en demeure, n'est supportée que par lui, même quant à la valeur de la chose. Aussi la loi 1, § 43, ff. *Depositi vel contra*, décide-t-elle que celui des dépositaires qui n'est point en faute ne peut être condamné pour la faute de l'autre, ce qui revient à dire qu'il est libéré par la perte de la chose. C'est là une des notables différences qui existent entre les obligations simplement indivisibles et les obligations solidaires, divisibles ou non.

Quant aux déposants, si l'on voit un mandat virtuellement renfermé dans le dépôt fait par eux conjointement, du moins en ce qui les concerne, il faudrait décider, avec l'article 2002, qu'ils sont solidairement responsables des indemnités qui pourraient être dues au dépositaire, à raison des impenses qu'il aurait faites pour la conservation de la chose déposée (1947) (5), ou pour le salaire qui lui aurait été promis (1928) (6), et il est difficile en effet de ne l'y pas voir, quoique, suivant la pureté des principes, et sous d'autres rapports, le dépôt ne doive pas être confondu avec le mandat.

200. Lorsque le mandataire, disons-nous, a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement de tous les effets du mandat. (Art. 2002.)

Et la loi ne distingue point entre le cas où le mandat est avec salaire convenu, ainsi qu'il peut l'être dans les principes du Code sans cesser pour cela d'être mandat (art. 1999) (7), et le cas où il est gratuit, quoiqu'il n'y eût peut-être pas plus de raison d'établir la solidarité entre les mandants lorsque le mandat est avec salaire, que dans les autres contrats intéressés de part et d'autre, comme la vente, le louage, etc.

201. Mais s'il y avait plusieurs mandataires, ils ne seraient pas pour cela, sans stipulation expresse, créanciers solidaires des indemnités qui pourraient leur être dues; il ne le seraient chacun que pour celles qui lui seraient dues, en raison de ses déboursés et du salaire qui lui aurait été promis.

202. On a jugé (8) que la disposition de l'art. 2002 était applicable au cas où plusieurs personnes avaient chargé un notaire de faire la

(1) Code de Hollande, art. 1318.
(2) Ibid., art. 1333.
(3) Ibid., art. 1738.
(4) Ibid., art. 1321.
(5) Ibid., art. 1765.
(6) Code de Hollande, art. 1744.
(7) Ibid., art. 1845.
(8) Arrêt de cassation, du 27 janvier 1812. (Sirey, 12, I, 198.) Cet arrêt est important, comme arrêt de principe.

liquidation d'une succession ouverte à leur profit. Le notaire a eu l'action solidaire, même pour ses honoraires. L'on convenait, du reste, dans la cause, qu'elle eût été bien fondée pour ses déboursés, s'il en eût fait.

Par conséquent, pour les actes de vente ou de louage, dans lesquels le coût de l'acte est cependant à la charge de l'acheteur ou du preneur seul, sauf convention contraire, le notaire n'en a pas moins l'action solidaire contre le vendeur ou le bailleur ; car l'acte est une chose commune aux deux parties, en ce qu'il les intéresse également toutes deux.

Mais en est-il ainsi relativement aux droits d'enregistrement des actes d'aliénation, droits qui, aux termes de l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an VII, doivent être supportés par l'acheteur, et qui ont été avancés par le notaire? Cet officier public, d'après l'art. 29 de la même loi, est obligé de faire enregistrer l'acte et d'acquitter les droits dans les délais fixés par l'art. 33, sous peine d'amende, sauf son recours contre *les parties*. (Art. 31.) Ce recours lui est donc donné contre chacune d'elles, puisque la loi ne distingue pas. Il n'y a pas lieu de dire par conséquent que le notaire ne peut l'exercer que contre celle qui doit en définitive supporter les droits. Cela lui est étranger ; il a fait des déboursés qui étaient une conséquence nécessaire de l'acte qu'il a reçu, acte commun aux deux parties, et dont chacune d'elles, par cela même, est solidairement responsable, d'après les principes qui régissent l'obligation des mandants. Ainsi jugé par arrêt de cassation, le 26 juin 1820 (1).

203. L'on a jugé aussi (2) que l'avoué chargé d'occuper pour plusieurs personnes dans une cause qui leur était commune, avait une action solidaire contre chacune d'elles pour le montant de ses déboursés. Il est en effet mandataire comme le notaire.

Enfin le tribunal qui nomme un liquidateur d'une société commerciale peut condamner solidairement les associés à payer les frais et le travail de cet arbitre liquidateur, parce qu'il est censé le mandataire commun des associés (3).

Il en doit être de même quant aux arbitres choisis volontairement, ainsi que l'a jugé la cour de Bordeaux, par son arrêt du 14 janvier 1826 (4).

Et quant aux experts (5).

204. Mais dans le cas de simple gestion d'affaires concernant plusieurs, sans mandat, et qui ne sont point associés en nom collectif, nous ne pensons pas, malgré l'analogie qu'il y a entre la gestion d'affaires et le mandat, que le gérant ait une action solidaire contre chacun des copropriétaires ou coïntéressés. Peu importe que l'art. 1372 (6) dise que le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire ; il ne suit pas nécessairement de là que les divers propriétaires soient tenus comme des mandants en ce qui concerne la solidarité. Elle est de droit étroit, et ici la loi ne l'a pas établie.

Toutefois les parties seront tenues envers le gérant non pas *pro parte virili*, mais en raison de leur intérêt respectif dans l'affaire ou gestion ; tandis que s'il y avait eu un contrat entre les divers copropriétaires ou coïntéressés et le gérant, chacun d'eux eût été tenu pour sa part virile, quoique sa part dans la chose commune eût été moindre, s'il n'avait pas d'ailleurs restreint son obligation sur le pied de cette dernière part. (Art. 1863) (7).

205. Pour les divers mandataires chargés de la même affaire, ils ne sont solidaires qu'autant que la solidarité a été exprimée dans le contrat (art. 1995) (8), sans qu'il y ait non plus à distinguer entre le cas où le mandat est avec salaire convenu, et le cas où il est gratuit.

206. Néanmoins les divers exécuteurs testa-

(1) Sirey, 20, I, 409.

(2) Arrêt de la cour d'Orléans, du 26 juillet 1827. (Sirey, 28, II, 139.)

(3) Arrêt de rejet, du 17 janvier 1823. (Sirey, 24, I, 94.)

(4) Sirey, 26, II, 217.

(5) Arrêt de rejet du 11 août 1813, section civile. (Sirey, 15, I, 94.) La cour a toutefois qualifié l'obligation *indivisible*, et a appliqué à la cause l'art. 1222. Nous pensons que c'est plutôt le cas d'une obligation solidaire, que celui d'une obligation indivisible.

(6) Code de Hollande, art. 1390.

(7) Ibid., art. 1680.

(8) Ibid., art. 1841.

mentaires qui ont accepté l'exécution du testament sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui a été attribuée (1). (Art. 1033) (2).

207. Et l'on a jugé à la cour de Poitiers, et ensuite à celle de cassation, section civile (3), que les syndics provisoires d'une faillite sont solidairement tenus des obligations résultant de leur gestion, par la nature même de l'administration qui leur est confiée.

Il en devrait être ainsi, par les mêmes motifs, à l'égard des divers administrateurs, séquestres et autres, choisis directement par les tribunaux.

La cour de cassation, en l'absence d'un texte positif qui établisse la solidarité dans le cas dont il s'agit, a cru trouver cette prétendue solidarité, qu'elle a regardée comme une *indivisibilité*, « dans « la circonstance que les syndics sont des mandataires nommés par la justice, aux termes « de l'art. 480 du Code de commerce; que par « la nature même de leurs fonctions, ils sont « solidaires, attendu qu'ils sont chargés conjointement d'une administration qui est commune à tous, d'une surveillance que tous doivent également exercer pour la plus grande « sûreté des intérêts de la masse des créanciers, « que chacun d'eux ne peut donc exercer partiellement ou divisément, et qui les soumet « conséquemment à une responsabilité également « commune, également *indivisible*, dont les « soins doivent frapper sur tous, puisque les « négligences et les fautes sont les faits de tous : « d'où il suit qu'elle emporte de plein droit la « solidarité, puisque dans le cas même où l'obligation *indivisible* ne serait que conventionnelle, elle emporterait la *solidarité*, suivant « les art. 1218 et 1222 du Code civil.

« Que l'article 1995 (4) du même Code, qui « contient, dans certains cas, une exception « aux dispositions des articles 1217 et 1218, « n'est pas applicable à l'espèce, puisqu'il ne « s'agit pas d'un mandat conventionnel, où les « parties avaient pu stipuler volontairement, « mais d'une administration confiée par la justice, et dont les obligations sont réglées par « la loi seule, sans qu'elles puissent être modifiées par aucune stipulation. »

Ainsi, la cour de cassation a vu dans l'obligation des syndics une obligation indivisible, régie par les art. 1218 et 1222 (5), et dans cette obligation indivisible, une obligation solidaire. Mais, en admettant qu'elle eût pu, nonobstant les principes du mandat et l'art. 1995, considérer l'engagement comme indivisible, ce n'était point une raison de conclure qu'il était solidaire, ni surtout de faire résulter, en principe et en droit, la *solidarité* de ces mêmes art. 1218 et 1222 : la cour a confondu deux sortes d'obligations qui ont entre elles de notables différences, et surtout quant au point dont il s'agissait dans la cause.

En effet, les auteurs, et particulièrement Dumoulin et Pothier, enseignent que, dans les obligations indivisibles, la condamnation aux dommages-intérêts n'a pas lieu pour le total quand le défendeur met en cause ses codébiteurs; et le Code a consacré cette faculté de mettre en cause les codébiteurs, par l'art. 1225 (6), qui porte que « l'héritier du débiteur, assigné pour la « totalité de l'obligation (indivisible), peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature « à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier « assigné, qui peut ALORS *être condamné seul*, « sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers. » Donc si l'obligation n'est pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui seul, la condamnation doit être prononcée contre tous ceux qui ont été mis en cause, et divisément. Cela n'est d'ailleurs l'objet d'aucun doute, autrement les obligations simplement indivisibles ne différeraient pour ainsi dire que de nom d'avec les obligations solidaires; tandis qu'il y a entre elles plusieurs notables différences, et celle qui vient d'être citée est peut-être la principale; elle a toujours été reconnue.

Il en est de même, et par les mêmes motifs, quand l'obligation indivisible existe entre plu-

(1) *Voyez* tome IX, n° 423.
(2) Code de Hollande, art. 1063.
(3) Arrêt du 18 janvier 1814. (Sirey, 1814, I, 57.)
(4) Code de Hollande, art. 1841.
(5) Ibid., art. 1333 et 1337.
(6) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

sieurs débiteurs : les art. 1222 et 1225 (1) combinés établissent d'ailleurs l'assimilation.

Or, dans l'espèce, la dette n'était pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par le syndic assigné, ou par chacun d'eux seulement, s'ils l'ont été tous, puisqu'elle consistait en dommages-intérêts, c'est-à-dire en une somme d'argent, chose très-divisible, et censée à la disposition de tout débiteur quelconque. Donc ce n'était pas le cas de condamner chacun d'eux pour le tout, du moins dès que l'on reconnaissait que la dette était *indivisible* et qu'elle n'était solidaire qu'à raison de son caractère d'indivisibilité. On n'a pas vu que les effets des obligations indivisibles n'étaient point absolument les mêmes que ceux des obligations solidaires, ce qui est cependant incontestable, puisque l'art. 1225, qui limite si positivement ces effets dans les premières, ne s'applique point aux secondes. Si l'article 1219 dit que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère de l'indivisibilité, à plus forte raison l'indivisibilité ne donne-t-elle point à la dette celui de la solidarité : les différences sont encore bien plus importantes et plus nombreuses sous ce rapport, ainsi qu'on le verra successivement. Nous ne saurions donc nous ranger à la décision de la cour de cassation, surtout en considérant les motifs sur lesquels elle l'a si péniblement appuyée. Cette décision, au surplus, n'a été rendue qu'après un très-long délibéré et une vive discussion. Le pourvoi avait même d'abord été admis.

Ajoutons que, dans le mandat conventionnel accepté par plusieurs, sans que leurs fonctions aient été divisées, par exemple, lorsqu'il ne s'agit que d'une seule opération, une vente, un achat, une transaction, l'exécution du mandat est assurément aussi indivisible en elle-même que dans le cas d'un mandat judiciaire ; et il n'est pas un des raisonnements faits par la cour de cassation pour établir l'indivisibilité des effets de l'engagement des mandataires dans ce dernier cas, et par suite la solidarité qu'elle en a fait résulter, qui ne s'appliquât également au premier. Cependant, l'art. 1995 dit, au contraire, que la solidarité n'aura lieu entre les divers mandataires qu'autant qu'elle aura été stipulée, ce qui veut dire aussi pareillement que, même sous le prétexte d'indivisibilité de leur obligation, le mandant ne pourra poursuivre aucun d'eux au delà de sa part.

En un mot, il est évident que l'arrêt est uniquement fondé sur ce que le mandat était judiciaire, et sous ce rapport, nous conviendrons qu'en pareil cas la loi aurait dû établir la solidarité comme elle l'a fait à l'égard des exécuteurs testamentaires, parce que les intéressés, pas plus que les légataires, ne choisissent eux-mêmes les mandataires, ne peuvent, par conséquent, stipuler la solidarité, et qu'il était raisonnable de leur donner les mêmes garanties. Mais la loi est-elle ainsi faite? établit-elle la solidarité de plein droit entre les mandataires judiciaires ? Non, il faut bien l'avouer ; c'est une lacune, et nous nous plaisons à le reconnaître ; mais les tribunaux avaient-ils le droit de la combler quand il existe un texte aussi positif que celui de l'article 1202 ? Non certainement : ils ne l'ont pu par des détours, et d'une manière inconséquente, en donnant à l'obligation le caractère d'indivisibilité ; car la loi elle-même n'attribue pas à l'obligation indivisible les mêmes effets que ceux qu'elle attache à l'obligation solidaire ; elle traite, au contraire, ces deux espèces d'obligations dans des sections distinctes. Dans les obligations indivisibles, chacun répond de ses faits ; dans les obligations solidaires, on répond même du fait des autres débiteurs (art. 1205 et 1207) (2) : il n'y a donc point parité. Dans les obligations indivisibles, chacun des débiteurs ne doit pas le tout par le fait seul de sa promesse, mais à cause seulement de la nature de l'objet de l'obligation ; au lieu que dans l'obligation solidaire, chacun doit le tout par le fait seul de sa promesse : d'où il suit, dans le premier cas, que lorsque l'obligation est convertie en dommages-intérêts, comme ces dommages-intérêts sont chose divisible, chacun n'en doit que sa part (3) ; tandis que dans le second, chacun doit le prix de la chose, qu'il a promise en totalité, quoiqu'elle ne puisse être livrée par la faute de l'un des codébiteurs. (Art. 1205.) Et si, dans l'obligation indivisible

(1) Code de Hollande, art. 1337 et 1338.
(2) Ibid., art. 1321 et 1322.
(3) Dumoulin et Pothier.

sans solidarité, la chose avait péri sans que les autres fussent en faute ni en demeure, ils seraient libérés; car ils ne garantissent point, comme dans le cas de solidarité, le fait de leur codébiteur, même en ce qui concerne l'objet principal de l'obligation, c'est-à-dire *ad perpetuandam obligationem.*

Au reste, si les syndics ou autres personnes préposées par la justice ont commis un délit dans l'exercice de leurs fonctions, un abus de confiance, il n'est pas douteux que ceux qui sont auteurs du fait ou qui y ont participé ne soient solidairement responsables en vertu de l'art. 55 du Code pénal; et ils le seraient, selon ce que nous avons dit plus haut, quand même la réparation serait poursuivie devant les tribunaux civils.

Mais si ce n'est qu'un fait commun à plusieurs sans aucun délit, une simple négligence, imprudence ou défaut de lumières, il n'y a pas solidarité entre eux tant qu'une loi ne l'aura pas établie; et à plus forte raison à l'égard de ceux qui n'y auraient réellement point participé. Et quand bien même l'on devrait décider que la solidarité existe quant aux faits généraux prévus aux articles 1382 et 1383 du Code civil, dont la réparation serait poursuivie devant les tribunaux civils, ce que nous ne croyons vrai qu'autant que ces faits entraîneraient quelque peine d'après le Code pénal ou d'autres lois, il n'y aurait toujours pas lieu de le décider ainsi pour de simples faits de négligence ou d'imprudence commis dans les contrats ou conventions même judiciaires, parce qu'aucune disposition de la loi n'autorise à prononcer la solidarité en pareil cas; ce n'est que dans ceux où elle en contient la disposition expresse.

208. Et c'est parce que l'on ne doit point étendre la solidarité d'un cas à un autre, et que la loi ne l'a point établie dans l'obligation des ascendants et des descendants de se fournir les uns aux autres des aliments, s'il y a lieu, que nous avons décidé que cette obligation n'est réellement point solidaire, qu'elle est seulement indivisible, ce qui est bien différent. Comme nous avons discuté cette question avec étendue au titre *du Mariage*, tome II, nos 424 et suivants, où nous avons expliqué les conséquences de la différence, nous croyons devoir renvoyer à ce que nous avons dit sur ce point controversé, qui a donné lieu à des arrêts pour et contre.

209. Lorsqu'une mère, tutrice de ses enfants, se remarie sans avoir convoqué le conseil de famille pour délibérer si la tutelle lui sera ou non conservée, elle perd la tutelle de plein droit, et son nouveau mari est solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle qu'elle aurait indûment conservée (art. 395) (1), c'est-à-dire de toute son administration, même antérieure au mariage.

Mais si le conseil de famille, dûment convoqué, conserve la tutelle à la mère, il lui donne nécessairement pour cotuteur le second mari, qui devient solidairement responsable avec sa femme, et seulement de la gestion postérieure au mariage (2). (Art. 396) (3).

210. Il y a aussi solidarité dans le cas prévu à l'art. 1442 (4), c'est-à-dire lorsque l'époux survivant n'a pas fait l'inventaire des biens de la communauté et qu'il y a des enfants mineurs : alors le subrogé tuteur est tenu solidairement des condamnations qui pourraient être prononcées au profit des mineurs relativement à la consistance des effets de la communauté.

211. Les divers locataires d'une maison sont tous solidairement responsables de l'incendie, à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine, auxquels cas ni les uns ni les autres n'en sont tenus; ou qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu; ou que quelques-uns d'entre eux ne prouvent qu'il n'a pas pu commencer chez eux, et alors les autres seuls en sont tenus. (Art. 1733 et 1734) (5). C'est une mesure de police et de sûreté.

A plus forte raison la solidarité existe-t-elle,

(1) Code de Hollande, art. 405.

(2) *Voyez* ce qui a été dit sur ce point, au tome III, nos 425 et suivants.

(3) Code de Hollande, art. 406.

(4) Ibid., art. 182.

(5) Ibid., art. 1601.

pour le même objet, entre plusieurs locataires qui ont le même bail, soit de la maison entière, soit d'un simple appartement; car ils ont encore bien mieux le moyen de se surveiller que ne l'ont de simples locataires voisins.

212. Le tireur et les endosseurs d'une lettre de change sont garants solidaires de l'acceptation et du payement à l'échéance. (Art. 118 du Code de comm.)

Il en est de même de ceux qui ont garanti le payement par aval. (Art. 141, *ibid.*)

En un mot, tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (Art. 140, *ibid.*)

213. Ces dispositions sont applicables aux billets à ordre, sans préjudice toutefois de celles relatives aux cas prévus par les articles 636, 637 et 638 du même Code. (Art. 187.)

C'est-à-dire que lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures d'individus non négociants, et qu'elles n'ont pas été données à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce est tenu de renvoyer au tribunal civil, s'il en est requis par le défendeur. (Art. 636.)

Et lorsque ces billets portent en même temps la signature d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal de commerce doit en connaître, mais il ne peut prononcer la contrainte par corps contre les individus non négociants, à moins qu'ils ne soient engagés à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage. (Art. 637.)

Enfin, les billets faits par un commerçant sont censés faits pour son commerce, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, sont censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée. (Art. 638.)

Mais cela ne décide pas si un billet dit *à ordre* souscrit par plusieurs individus, sans expression de solidarité, n'est point solidaire par cela seul qu'il est souscrit par des non commerçants et qu'il n'a pas pour cause une opération de commerce, loin de là; les dispositions de ces articles ne sont relatives qu'à la compétence des tribunaux qui doivent connaître des billets de cette qualité, et à la contrainte par corps, laquelle ne doit pas être prononcée contre les individus non commerçants, s'ils ne sont point engagés à l'occasion d'une opération de commerce. En sorte que, relativement à la solidarité, la disposition de l'art. 187 du même Code conserve toute sa force.

Il est bien vrai que ces billets n'ont que des effets civils, qu'ils sont soumis à la disposition de l'art. 1326 (1) du Code civil, ainsi que nous le démontrerons plus tard; mais cela ne fait rien quant à la solidarité, qui peut avoir lieu dans les obligations civiles comme dans les obligations de commerce, pourvu que les parties s'y soumettent, ou que la loi les y soumette elle-même; or la loi les y soumet, puisqu'elle n'a point fait d'exception, et d'ailleurs, dès que des individus non commerçants adoptent une forme d'engagement qui emporte de droit commun la solidarité, c'est comme s'ils en convenaient spécialement. Nous disons *qui emporte de droit commun la solidarité,* car les billets à ordre sont généralement des effets de commerce; c'est en faveur du commerce que la cession s'en opère par un simple endossement, et les tiers qui ont reçu l'effet par cette voie, ou même par une autre, ne doivent pas être privés de la garantie attachée à la solidarité, par une circonstance que souvent ils ne sont pas à même de connaître. S'il en est autrement quant à la compétence des tribunaux de commerce, et à la contrainte par corps, c'est que ce sont des objets d'intérêt public, et que, surtout en ce qui concerne la contrainte par corps, les parties n'ont pu s'y soumettre, même par la convention la plus expresse (article 2063, Code civil) (2) : elles ne le pouvaient que par la profession de commerçant ou par des faits particuliers de commerce, ce qui n'existe pas dans l'espèce, on le suppose.

Ainsi, il n'y a point de contradiction avec les principes que nous avons adoptés sur cette matière : que la solidarité ne se présume pas, qu'elle n'a lieu qu'en vertu d'une convention ou d'une disposition de la loi; car cette convention se

(1) Code de Hollande, art. 1915.

(2) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

trouve dans l'adoption d'un mode d'engagement qui, de sa nature, entraîne la solidarité ; et elle se trouve ici avoir lieu en vertu de la loi, en vertu de l'art. 187 du Code de commerce, qui n'est nullement modifié par aucune autre disposition en ce point, quoique le billet à ordre ait été souscrit par des non commerçants.

Par la même raison l'endosseur non commerçant n'a-t-il pas le bénéfice de discussion ; et s'ils sont plusieurs qui ont fait la même cession conjointement, ils n'ont pas non plus le bénéfice de division. En un mot, la solidarité existe d'une manière parfaite.

214. Nous verrons à la section suivante si de ce qu'un débiteur peut charger, par le titre, l'un de ses héritiers d'acquitter l'obligation (article 1221-4°) (1), on doit en tirer la conséquence qu'il peut par cela même les obliger tous avec les effets de la solidarité parfaite, telle qu'elle existe dans les principes du droit actuel.

ART. III.

Des effets de la solidarité entre les débiteurs.

215. Le droit du créancier dans une obligation solidaire, ne consiste pas seulement dans la faculté qu'il a de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir pour lui demander le total de la dette, il peut aussi les poursuivre tous, soit successivement, soit simultanément ; car, suivant l'art. 1204 (2), les poursuites dirigées contre l'un d'eux ne l'empêchent pas d'en diriger de pareilles (ou de différentes) contre les autres (3).

Au surplus, quoique le créancier puisse poursuivre chacun des débiteurs solidaires pour le tout et le faire condamner pour le total, comme si celui qu'il poursuit était seul obligé, néanmoins le défendeur peut demander au tribunal un délai pour mettre en cause ceux qui lui doivent la garantie pour leurs parts (et quelquefois pour le tout, comme dans le cas de l'art. 1216) (4). Il fera par là statuer sur son recours dans la même instance, et, ce qui est plus important encore, il préviendra les difficultés qu'ils pourraient peut-être lui élever au sujet de l'existence ou de l'extinction de la dette. L'art. 175 du Code de procédure autorise l'appel en garantie indistinctement dans tous les cas où elle est due, soit qu'elle soit simple, soit qu'elle soit formelle : or il n'est pas douteux qu'il n'y ait lieu à la garantie simple (5). (Art. 1215) (6).

216. La prescription interrompue contre l'un des débiteurs seulement, soit par des poursuites, soit par sa reconnaissance de la dette, est pareillement interrompue contre tous les autres, et contre leurs héritiers. (Art. 1206 et 2249) (7).

Cela paraît contraire à ce qui a été dit plus haut, que, par rapport aux débiteurs, il y a autant de dettes que de personnes obligées ; aussi est-ce une disposition du dernier état du droit romain (8), qui a passé dans le nôtre, et qui ne peut être fondée que sur cette raison, d'ailleurs peu concluante, que l'obligation solidaire, quoique multiple par rapport aux personnes obligées, étant unique par rapport à la chose due, dès qu'elle est conservée à l'égard de l'une de ces personnes, elle est censée l'être à l'égard de toutes les autres.

(1) Code de Hollande, art. 1336.

(2) Ibid., art. 1320.

(3) Dans l'ancien droit romain, au contraire, le droit du créancier contre plusieurs *rei promittendi* s'épuisait par le choix qu'il faisait de l'un d'eux, en lui demandant le payement de la dette, *petitione debiti*. L. 2, ff. *de Duob. reis*. L. 51, *in fine*, ff. *de Evict*. L. 31, § 1, ff. *de Novat*. C'est parce que la litis-contestation emportait novation, en sorte que la dette était éteinte.

Il en était de même dans le cas de fidéjussion ; le choix que le créancier faisait du débiteur libérait le fidéjusseur, ainsi que nous le dit Justinien dans la loi dernière au Code *de Fidejussorib. et mandatorib.*; et c'est même ce qui explique ce passage des Institutes, au titre du mandat : *Aut si volente te agere cum eo fidejussoria causa mandet tibi ut cum reo agat, periculo mandantis.*

Mais à l'égard de ceux qui avaient donné le mandat de prêter de l'argent à un tiers, *mandatores pecuniæ credendæ*, le choix que le créancier faisait du débiteur n'éteignait point son action contre les mandants ; c'était le payement ou une satisfaction quelconque de la part du débiteur, qui les libérait ; L. 71 *princ.* ff. *de Fidejuss. et mandat.*

Justinien, par sa constitution précitée, a supprimé toute distinction à cet égard, en décidant que, soit qu'il s'agît de débiteurs solidaires proprement dits, ou de débiteur et de fidéjusseur, ou de débiteurs et de *mandatores pecuniæ credendæ*, le droit du créancier contre les autres débiteurs, ou contre le fidéjusseur, ne s'éteindrait plus par la simple demande formée contre l'un d'eux, mais bien par une satisfaction réelle.

(4) Code de Hollande, art. 1331.

(5) Pigeau, *Procédure civile*, part. II, tit. II, chap. 1, sect. 3, § 3, art. 1er, *Garantie simple*.

(6) Code de Hollande, art. 1328.

(7) Ibid., art. 2022 et 2020.

(8) L. ult. Cod. *de Duob. reis stip.*

Mais l'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres héritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si elle n'est indivisible.

Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription à l'égard des autres codébiteurs que pour la part dont cet héritier est tenu.

Pour interrompre la prescription pour le tout à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé ou la reconnaissance de tous ces héritiers. (Même article 2249.)

En sorte que s'il n'y a qu'un seul héritier, comme il représente en totalité le débiteur décédé, la prescription interrompue à son égard l'est pareillement pour le tout à l'égard des autres débiteurs. S'il est héritier seulement pour moitié, comme il était tenu envers le créancier pour moitié de la dette, la prescription est interrompue aussi pour moitié à l'égard des autres débiteurs, et non pas seulement pour moitié de la portion que son auteur aurait dû en supporter en définitive; car cette division de la dette entre les débiteurs ou leurs héritiers est étrangère au créancier. Celui-ci eût conservé entièrement la dette, et vis-à-vis de tous les débiteurs, en interrompant la prescription contre l'héritier unique ou contre tous les héritiers de l'un d'eux; par la même raison il l'a conservée pour moitié en interrompant la prescription contre le représentant pour moitié de l'un d'eux. Si la dette était de 20,000 fr., par exemple, qu'il y eût quatre débiteurs, et que cet héritier eût payé la partie qui en a été conservée, dans l'espèce, 10,000 fr., il exercerait sur son recours pour 7,500 fr., c'est-à-dire, contre chacun des trois autres débiteurs, pour 2,500 fr. seulement. (Art. 1213.) Il en serait de même si c'était un de ces derniers qui eût été obligé de payer les 10,000 fr.

217. Si la chose due est un corps certain qui a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose (à moins toutefois qu'elle n'eût dû également périr chez le créancier, si elle lui avait été livrée; art. 1302); mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages-intérêts.

Le créancier peut seulement répéter ces dommages-intérêts (s'il en était dû d'autres que le prix de la chose), contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, et contre ceux qui étaient en demeure. (Art. 1205.)

Ainsi, le fait de l'un des débiteurs solidaires, ou son retard, pendant lequel la chose est venue à périr, nuit bien à ses codébiteurs en ce sens qu'il perpétue leur obligation, qui se serait éteinte si la chose eût péri par cas fortuit ou par le fait d'un tiers avant que ce débiteur fût en demeure; mais il n'en augmente point l'étendue. C'est seulement en ce sens que le Code a adopté la décision de Pomponius, dans la loi 18 ff. *de Duob. reis stip.*, ainsi conçue : *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.*

C'est toutefois une notable différence entre l'obligation solidaire et l'obligation indivisible, différence que nous avons déjà signalée; car, dans l'obligation simplement indivisible sans clause pénale (1), chacun des débiteurs ne répond que de ses faits et de son retard, même en ce qui concerne le prix de la chose, qui est venue à périr par la faute de l'un d'eux ou pendant sa mise en demeure.

218. Si c'est par le fait de l'un des héritiers d'un débiteur obligé solidairement, ou pendant la demeure de cet héritier, que la chose est venue à périr, les cohéritiers sont libérés comme si la chose eût péri par cas fortuit ou par le fait d'un tiers, car ils ne garantissent point les faits de leur cohéritier, qui est un étranger par rapport à eux (2), et la solidarité n'a point empêché la division de la dette entre les héritiers. Celui qui est en faute ou qui était en demeure, ne doit même le prix de la chose que pour sa part en sa qualité d'héritier, et le surplus *propter culpam aut moram suam*, ainsi que le dit Dumoulin et après lui Pothier. Quant aux autres débiteurs,

(1) Nous verrons plus loin pourquoi la décision doit être modifiée quand il y a clause pénale.

(2) Pothier, n° 306.

ils ne sont tenus que de la part dont cet héritier reste tenu en sa qualité d'héritier ; ils ne garantissent point sa faute quant au surplus, comme ils garantissaient celle de leur codébiteur décédé : ils ne la garantissent que par rapport à la part pour laquelle cet héritier représente leur codébiteur; pour ce qu'il a fait au delà, c'est une chose étrangère à leur obligation. Ces principes, quelque subtils qu'ils paraissent être, sont cependant incontestables (1).

219. Quoique, dans le cas où le corps certain qui faisait la matière de l'obligation est venu à périr par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires, les autres ne soient pas responsables des dommages-intérêts qui pourraient être dus outre le prix de la chose, mais seulement du prix de la chose même, néanmoins, d'après l'art. 1207, la demande d'intérêts formée contre l'un d'eux nuit aux autres, non-seulement en ce qu'elle perpétue aussi la dette à leur égard, mais encore en ce qu'elle fait courir également les intérêts contre eux.

C'est une dérogation au droit romain, suivant lequel la mise en demeure de l'un des débiteurs, qui faisait courir les intérêts contre lui, ne les faisait pas courir pareillement contre les autres: *Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.* L. 32, § *penult.*, ff *de Usuris.* Et Pothier disait que les intérêts ne doivent courir seulement que contre les débiteurs mis en demeure. Il ne faisait même à cet égard aucune différence entre les dommages-intérêts stipulés en cas d'inexécution, et les intérêts proprement dits résultant du retard dans l'exécution.

Mais Dumoulin (*Tract. de Divid. et indiv.*, n° 127) a restreint la décision de cette loi aux dommages-intérêts qui n'ont pas été expressément stipulés, c'est-à-dire aux intérêts moratoires. S'ils l'avaient été, dit-il, les débiteurs en seraient tous tenus par la demeure de l'un d'eux, attendu que la condition de l'inexécution de l'engagement sous laquelle ils s'étaient soumis à ces dommages-intérêts se serait réalisée.

Ainsi, dans le cas prévu à l'article 1152 (2), où les débiteurs sont convenus d'une certaine somme, à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation, cette somme, suivant Dumoulin, est due par tous, par la mise en demeure même d'un seul; et nous croyons, en effet, que de la combinaison de cet art. 1152 avec l'art. 1206, ressort clairement la décision de ce grand jurisconsulte.

Au surplus, quand ce dernier article dit que la *demande d'intérêts* formée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir contre tous, il n'entend pas parler seulement du cas où il y aurait une simple demande à la seule fin de faire courir les intérêts, sans demande du payement de la dette elle-même, ce qui sera bien rare; il entend parler aussi de tout acte quelconque qui ferait courir les intérêts : comme s'il était dit par exemple dans l'acte, qu'un commandement ou même une simple sommation à l'échéance du terme, constituera les débiteurs en demeure et fera courir les intérêts contre eux. L'article ne veut pas dire autre chose.

La demande d'intérêts formée contre l'un des héritiers seulement de l'un des débiteurs, ou l'acte passé avec cet héritier, ne fait courir les intérêts contre lui et contre les codébiteurs, que pour la part de cet héritier dans la dette, et ne les fait point courir contre les autres héritiers, auxquels cet acte est étranger, au moyen de la division de la dette entre eux et leur cohéritier. Au lieu que la demande d'intérêts formée contre l'un des codébiteurs les fait courir aussi contre tous les héritiers du débiteur décédé, mais toutefois pour la part héréditaire de chacun d'eux. En un mot, il en est des intérêts comme de l'interruption de prescription.

220. Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les débiteurs.

Mais il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques autres des codébiteurs. (Art. 1208.)

Ainsi, chacun des débiteurs peut se prévaloir du défaut de cause dans l'obligation, ou de ce que la cause serait illicite, ou de ce que le contrat n'aurait pas pour objet une chose qui fût dans le commerce.

Ainsi encore, chacun d'eux peut se prévaloir de

(1) Sauf aussi, comme dans le cas où l'obligation est indivisible, la circonstance où il y aurait clause pénale.

(2) Code de Hollande, art. 1283.

la prescription, si la dette n'a pas été utilement conservée par des poursuites dirigées au moins contre l'un d'eux dans les délais de droit, ou par sa reconnaissance de la dette. Il peut également opposer les déchéances et autres fins de non-recevoir qui résulteraient de quelque loi particulière, ainsi que les nullités de formes de l'acte qui seraient communes à tous. Nous disons *communes à tous*, parce que dans quelques cas, notamment dans celui de l'art. 1326, l'acte peut être nul par l'omission d'une formalité exigée par rapport à l'un des obligés, tandis que cette formalité n'était pas nécessaire par rapport à l'autre.

Celui qui était incapable de s'obliger peut opposer son incapacité, mais les autres ne peuvent s'en faire un moyen. (Art. 1125) (1). Il en serait de même dans le cas où l'un d'eux aurait été violenté, trompé, ou induit en erreur; il aurait seul le droit de s'en plaindre; et même dans le cas de dol, s'il n'avait été trompé que par l'un ou plusieurs de ses codébiteurs, ou par un tiers, sans que le créancier eût participé à la fraude, ce débiteur ne serait pas moins valablement obligé envers le créancier (art. 1116), sauf son recours tel que de droit contre celui qui l'aurait trompé. (Art. 1382.)

221. Le Code, dans l'art. 1294 (2), paraît avoir fait de la compensation une exception purement personnelle à celui des débiteurs qui est devenu, de son côté, créancier du créancier. Nous discuterons ce point en traitant de la compensation.

222. Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint l'obligation solidaire que pour la part du débiteur ou du créancier. (Art. 1209.)

Si l'un des débiteurs ne devient héritier du créancier que pour partie seulement, il reste obligé solidairement pour le surplus envers ses cohéritiers, entre lesquels ce surplus se divise selon la part héréditaire de chacun. Et, *vice versa*, si le créancier devient héritier pour partie de l'un des débiteurs, il conserve la solidarité pour le surplus contre les autres, et il a contre ses cohéritiers une action divisée pour ce surplus en proportion de leurs parts héréditaires.

Si l'un des débiteurs devient l'héritier unique de l'autre, il a, quant aux personnes, deux obligations à remplir, *sortitur duas personas*. La confusion n'opère rien dans ce cas (3). Il supportera donc une double part dans la répartition de la dette entre les codébiteurs, après qu'elle aura été acquittée. S'il n'est héritier que pour partie, il aura à supporter sa part personnelle et une portion dans celle du défunt. Dans l'un ou l'autre cas, si lui ou le défunt avait une exception personnelle à opposer au créancier, cette exception produira seulement ses effets par rapport à son obligation personnelle, ou par rapport à celle dont il est tenu comme héritier; elle ne ferait rien quant à l'autre (4).

223. Par la novation opérée entre un créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. (Art. 1281) (5). Nous reviendrons aussi sur ce point en traitant de la novation.

224. Mais nous développerons actuellement ce qui est relatif à la remise de la dette au profit de l'un des débiteurs solidaires; il s'y rattache plusieurs observations importantes qui doivent trouver leur place ici.

Suivant l'art. 1285, la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers.

Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. (*Ibid.*)

Et si l'un des autres débiteurs se trouve insolvable au moment où le créancier demande le surplus de la dette à tel ou tel d'entre eux, la portion de l'insolvable doit se répartir contributoirement entre tous les débiteurs solvables, y compris même celui ou ceux qui ont été déchargés de la solidarité par la remise; par conséquent le créan-

(1) L. 12, § 1, ff. *de Duob. reis*.

(2) Code de Hollande, art. 1466.

(3) *Cum vero duæ obligationes ejusdem potestatis sunt, non potest reperiri qua altera potius quam alteram consummari.* L. 13, ff. *de Duob. reis stip.* L. 5, ff. *de Fidejuss. et mandat.*

(4) *Facit* L. 3, ff. *de Separat.*, et L. 21, § 2, ff. *de Fidejuss. et mandat.*

(5) Code de Hollande, art. 1460.

cier supporte, dans cette insolvabilité, la part qu'auraient dû y supporter ceux qu'il a déchargés. (Art. 1215) (1).

S'il n'en était ainsi, il aggraverait par son fait la condition de ceux des débiteurs solvables étrangers à cette remise; car sans elle, ceux à qui elle a été faite auraient supporté aussi leur part dans l'insolvabilité de tel ou tel de leurs codébiteurs : or, quoique le créancier ait le droit de disposer de sa créance comme il l'entend, ce droit néanmoins ne va pas jusqu'au point de pouvoir nuire aux codébiteurs solidaires, qui n'ont traité, on doit le supposer, que sur la foi de la loi, qui donne à ceux qui ont payé la dette, un recours contre les autres, pour la part de chacun d'eux, et qui veut également, pour que ce recours soit aussi complet que possible, que la portion des insolvables soit répartie par contribution entre tous les autres débiteurs solvables et ceux qui ont fait le payement. (Art. 1214) (2).

225. Quand la remise faite à l'un des débiteurs solidaires a lieu dans le cas de faillite de ce débiteur, par un concordat régulier et obligatoire, par exemple, une remise de 50 pour cent, elle ne profite point aux autres, parce qu'elle n'est pas volontaire; elle est le résultat de la position du failli, et ne produit par conséquent qu'une exception personnelle à ce dernier. Il n'y a même pas à distinguer entre le cas où le créancier est intervenu ou non au concordat, ni entre celui où il l'a signé avec ou sans réserve; même dans ce dernier cas, il est présumé ne l'avoir consenti qu'en considération de la position du débiteur, et pour tirer le meilleur parti de la créance (3).

226. Toutefois, dans les principes actuels, il en serait autrement si le débiteur insolvable n'était point commerçant, du moins nous le croyons. Le traité intervenu entre un non-commerçant et ses créanciers, et par lequel ils lui feraient remise d'une partie de la dette, aurait le caractère d'une remise volontaire, et ne serait, en conséquence, obligatoire que pour ceux qui l'auraient consenti. Le droit de faire, avec la majorité des créanciers réunissant les trois quarts des créances vérifiées, un traité obligatoire aussi pour ceux qui n'y ont pas consenti, est un droit exorbitant, qui n'est consacré par aucune disposition du Code civil en faveur du non-commerçant, et qui ne l'est, par le Code de commerce, qu'en faveur des commerçants, parce qu'ils sont exposés à plus de chances que les autres citoyens. D'où il faut conclure que si le créancier, en consentant le traité, n'a pas fait de réserve de ses droits contre les autres codébiteurs, la remise produit leur libération jusqu'à due concurrence de la partie remise. S'il a fait des réserves, elle les libère seulement jusqu'à concurrence de la part du codébiteur dans la dette, conformément à l'art. 1285 précité. D'après cela, si la créance est, par exemple, de 10,000 francs, qu'il y ait quatre débiteurs solidaires, et que le créancier adhère sans faire de réserve de ses droits vis-à-vis des autres débiteurs, à un traité portant remise de 50 pour cent, il n'est plus dû que 5,000 francs; et si le débiteur à qui la remise a été faite, ou un autre, paye ces 5,000 francs, la dette est éteinte. Si le créancier a réservé ses droits contre les autres débiteurs, la remise est bien de 5,000 francs par rapport à celui à qui elle a été faite, mais elle n'a effet que pour 2,500 francs seulement par rapport aux autres, lesquels pourront encore être contraints solidairement à payer 7,500 francs. Ils ne pourront toutefois être poursuivis que pour cette somme, et non pour celle de 8,750 francs, comme si la part du débiteur insolvable dont le créancier est tenu de faire la déduction, aux termes de l'art. 1210, ne devait se calculer que sur la quotité remise, ou 5,000 fr., c'est-à-dire être de 1,250 francs seulement : la remise, dans ce cas, comprend la part entière de ce débiteur dans la dette.

227. Mais le débiteur à qui remise de la dette a été faite a-t-il une action contre ses codébiteurs, comme s'il eût payé, en supposant que la remise les eût libérés envers le créancier?

Si elle a eu lieu à titre onéreux, par suite d'arrangements intervenus entre ce débiteur et le

(1) Code de Hollande, art. 1330.

(2) Ibid., art. 1329.

(3) Nous modifions en ce point l'opinion que nous avions émise dans notre Traité *des Contrats*, n° 569, où nous distinguions entre le cas où le créancier avait donné son consentement au concordat, et le cas où il s'y était refusé, ou n'y avait consenti qu'avec réserve de ses droits contre les autres débiteurs; dans tous il conserve ses droits entiers contre eux.

créancier, par exemple, au moyen de la renonciation à certains droits qu'avait le premier sur le second, ou d'engagements personnels qu'il a pris sur lui, comme dans le cas d'une novation, il est clair que l'on doit considérer ces arrangements comme un payement, et par conséquent que ce débiteur a son recours tel qu'il existe dans le cas de payement.

Et si le créancier lui a fait don de tout ou partie de la créance, le recours a lieu aussi pour les parts des codébiteurs dans la dette entière, ou dans la proportion de ce qu'ils ont eu de moins a payer en raison de la partie donnée. Il ne serait point nécessaire pour cela que le don eût été fait en forme, par acte portant donation entre-vifs. Bien mieux, si le créancier, en recevant simplement la part de l'un des débiteurs, déclare dans l'acte ou la quittance s'en contenter, et le subroge à ses droits contre les autres, le recours de ce débiteur a également lieu contre ceux-ci, pour leur portion dans la dette, sauf à ce débiteur, s'il y en a d'insolvables, à supporter sa part dans les pertes.

Mais quand le créancier déclare simplement dans un acte fait avec l'un des débiteurs, faire remise de la dette, sans réserver ses droits contre les autres et sans les réserver non plus à celui avec lequel l'acte est passé, cette remise n'en a pas moins pour effet d'éteindre la dette d'une manière absolue et définitive ; car le codébiteur avec lequel l'acte a eu lieu est censé avoir stipulé la remise dans l'intérêt de tous ; et, de plus, n'ayant rien payé, aucune disposition du Code ne lui donne de recours à exercer dans ce cas : il faudrait, pour qu'il en eût un, ou qu'il eût payé la dette, ou que le créancier, en lui faisant la remise, eût voulu aussi lui réserver un recours contre les autres. Or cela ne résulte pas d'une remise pure et simple, telle que celle que nous supposons.

228. Si tous les débiteurs solidaires tombent en faillite, le créancier a le droit de se présenter dans chacune des faillites pour y faire vérifier et admettre sa créance pour la totalité, jusqu'à parfait et entier payement. C'est ce que porte l'article 534 du Code de commerce, ainsi conçu : « Le créancier porteur d'engagements solidaires entre « le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, participe aux distributions dans toutes « les masses jusqu'à son parfait et entier payement. »

Ainsi, soit une dette solidaire de 10,000 francs due par Primus, Secundus et Tertius, qui tombent tous trois en faillite, soit dans le même temps, soit successivement.

Le créancier qui a été admis dans la faillite de Primus et qui a touché ou doit y toucher en raison d'un concordat 30/100 sur le montant de sa créance, peut encore se présenter dans celle de Secundus pour le total de cette créance, et non pas seulement pour 7,000 francs; et s'il touche aussi 30/100 dans cette seconde faillite, il pourra se présenter dans la troisième également pour 10,000 francs, et non pas seulement pour les 4,000 francs qui lui restent dus ; de manière toutefois que quelle que soit la quotité que donne cette direction ou Tertius par son concordat, le créancier ne touche pas au delà des 10,000 francs et des intérêts et frais qui pourraient lui être dus.

De la sorte le payement pourra être intégral, ainsi que le veut l'art. 534 ci-dessus cité, et il ne pourrait l'être par un autre mode, puisque si le créancier ne pouvait se présenter dans la seconde faillite que pour 7,000 francs, et dans la troisième que pour 4,000 francs seulement, comme toute contribution suppose insuffisance, il est clair que, lors même qu'il y aurait à toucher 80 pour 100 et plus encore dans la dernière de ces directions, il existerait toujours un déficit. Or, suivant l'art. 534 précité, le créancier doit être admis dans toutes les masses jusqu'à *son parfait payement.*

Savary (1) pensait toutefois que le créancier ne pouvait figurer que dans une des masses, à son choix, parce que, disait-il, dès qu'il a été admis dans l'une d'elles pour la totalité de sa créance, il est censé en avoir reçu le montant en totalité. Ce système avait beaucoup d'affinité avec le principe de l'ancien droit romain, abrogé par Justinien, suivant lequel, ainsi que nous l'avons dit plus haut (2), le choix que le créancier faisait de l'un des débiteurs solidaires, en lui demandant le payement du total, libérait les autres.

(1) *Parères* 13 et 48.

(2) N° 213, note.

Mais le motif sur lequel ce principe était fondé (la novation résultant de la litiscontestation) est étranger à notre droit ; et il faut bien reconnaître que Savary s'est contenté d'une fiction à la place de la réalité quand il a dit que le créancier qui a figuré dans l'une des directions pour la totalité de sa créance a épuisé son droit à l'égard des autres, parce qu'il est censé avoir reçu par équipollence le payement du total. Il s'est écarté du véritable but de la solidarité.

Jousse, Boutaric, Pothier, La Serra et autres, s'y étaient beaucoup plus attachés, et leur décision conciliait peut-être mieux les principes considérés du moins dans toute leur pureté, quoique, à vrai dire, elle ne remplissait pas non plus parfaitement le but de la solidarité. Ces auteurs pensaient que le créancier devait bien, à la vérité, figurer dans toutes les directions, mais sous la déduction de ce qu'il avait reçu dans chacune d'elles, parce que, disaient-ils, dès qu'il est payé d'une partie de sa créance, il n'est plus créancier que du surplus. Ainsi, dans notre espèce, ayant reçu 3,000 francs dans la faillite de Primus, il ne pouvait plus, selon eux, se présenter dans celle de Secundus que comme créancier de 7,000 francs seulement ; et si cette direction avait également donné 30/100, ce qui eût été, dans l'espèce, 2,100 francs, il ne pouvait plus se présenter dans celle de Tertius que pour 4,900 francs. En sorte que si cette dernière direction eût pareillement donné 30/100, il y eût reçu 1,470 fr., et eût en définitive perdu 3,430 francs.

Mais ce second système avait déjà été rejeté par un arrêt du conseil, du 24 février 1778, rapporté par Émerigon dans son Traité *des Contrats à la grosse,* chap. X, tit. III, et il se trouve également proscrit par l'art. 534 du Code de commerce, qui veut que le créancier participe aux distributions dans toutes les masses jusqu'à son parfait et entier payement, ce qui, encore une fois, ne peut avoir lieu que de la manière dont nous avons expliqué la chose.

Et suivant ce que nous venons de dire, il en serait de même si l'un des débiteurs avait fait un concordat avec ses créanciers, par lequel ceux-ci auraient accepté 30/100, par exemple ; le créancier porteur d'engagements solidaires ne pourrait pas moins se présenter dans les deux autres faillites comme créancier de 10,000 fr. primitivement dus, et cela, encore qu'il eût touché les 30/100 au moment où il se présenterait dans la seconde ou troisième direction. Car, que le créancier ait reçu ou doive recevoir ces 30/100 du débiteur lui-même, en vertu du concordat fait avec celui-ci, ou qu'il les ait reçus dans une distribution de deniers faite sur ce débiteur, la raison est absolument la même. Dans l'un comme dans l'autre cas, il a bien reçu un à-compte, et, sous ce rapport, dans les deux cas, sa créance est réellement diminuée ; mais aussi dans tous deux il a reçu en quelque sorte *forcément* cet à-compte, sans vouloir pour cela renoncer aux effets de la solidarité, tels qu'ils résultent de l'art. 534 du Code de commerce, quoique cet article, il est vrai, paraisse plus particulièrement prévoir le cas où il y a des distributions dans les diverses faillites ; car il n'exclut pas non plus la supposition qu'il y aurait eu concordat avec l'un des faillis.

Mais si avant les faillites, le créancier a reçu de l'un des débiteurs ou d'un tiers un payement par à-compte, il est clair qu'il ne peut plus réclamer que le surplus avec les effets résultant de cet article 534. Dans ce cas, la décision de Jousse, Boutaric et autres, reçoit naturellement son application, en ce sens que le créancier ne peut plus se présenter dans la première faillite ou direction ouverte que pour ce qui lui reste dû ; mais pour le surplus, on procédera comme il vient d'être dit.

229. Dans le cas où les diverses faillites ont donné au créancier des quotités différentes, celui dont le concordat ou la direction a donné une plus forte quotité que les autres ne peut néanmoins exercer de recours qu'autant qu'il aurait payé au delà de sa part dans la dette. Les remises plus fortes faites aux autres, ou les répartitions moins considérables qui ont eu lieu dans la distribution de leurs biens, sont le résultat de leur position particulière. En sorte que si, par exemple, l'un des trois faillis eût payé, soit en exécution d'un concordat, soit dans une distribution de deniers provenant de la vente de ses biens, 33 et 1/3 pour cent, et les autres fort peu de chose, ou même rien du tout, il ne pourrait, quand bien même ceux-ci viendraient à acquérir des biens

par la suite, exercer un recours contre eux ; car il n'aurait rien payé pour eux. S'il avait payé 50/100 sur la dette, il aurait seulement 16 2/3 à réclamer. D'ailleurs, ceux-ci sont encore obligés envers le créancier, s'il n'y a pas eu de concordat fait avec eux, et s'il y en a eu un, ils ne peuvent obtenir leur réhabilitation qu'en soldant tout ce qui leur a été remis, avec les intérêts et les frais. (Art. 608 du Code de comm.)

230. Reprenons l'analyse des autres dispositions du Code civil sur cette matière.

L'artilce 1210 (1) porte que « le créancier qui « consent à la division de la dette à l'égard de « l'un des codébiteurs, conserve son action soli- « daire contre les autres, mais sous la déduction « de la part du débiteur qu'il a déchargé de la « solidarité. »

Et, comme nous l'avons dit plus haut, l'on doit déduire aussi la part que ce débiteur aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de quelques-uns des autres codébiteurs, conformément à l'art. 1215; car le créancier n'a pu remettre la solidarité à l'un d'eux au préjudice des autres. Mais il ne serait toutefois chargé que de l'insolvabilité existante au jour où l'action en recours serait ouverte, c'est-à-dire au jour du payement effectué par celui ou ceux des débiteurs qu'il poursuit, et seulement pour la portion qu'auraient eu à en supporter ceux qu'il a déchargés de la solidarité.

231. La division de la dette dont parle l'article 1210 est une division opérée par payement, compensation ou remise de la portion du débiteur déchargé de la solidarité, et contre lequel, par conséquent, les autres ne peuvent avoir de recours, puisque ce ne sont point eux qui le libéreront : il l'est déjà par l'un de ces événements. Mais s'il y avait simplement remise de la solidartité, sans payement ou remise de la part de ce débiteur dans la dette, le créancier n'en conserverait pas moins son action entière contre les autres, moins toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, la portion que ce débiteur, déchargé seulement de la solidarité, et non de sa part dans la dette, aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel des autres codébiteurs. Car, au moyen de cette déduction, ceux-ci sont parfaitement rendus indemnes des effets de cette remise, puisque le codébiteur à qui elle a été faite n'en doit pas moins encore sa part, et par conséquent devra la rembourser à celui qui acquittera la dette. Aussi, Pothier (n° 277 de son Traité *des Obligations*), dit-il que le créancier qui a déchargé de la solidarité l'un des débiteurs conserve son droit contre les autres, pourvu que cette décharge ne leur nuise en rien. Or elle ne leur nuit en rien de la manière dont nous venons d'expliquer la chose. Le créancier pouvait d'ailleurs renoncer tacitement aux effets de la solidarité à l'égard de ce débiteur en ne le poursuivant pas ; et sa renonciation expresse a pour résultat de l'obliger à déduire de son action solidaire contre les autres, la portion qu'aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux celui à qui il a fait cette remise, parce qu'il l'a affranchi des effets de la solidarité, mais sans avoir pu le faire au détriment des autres. Il a pris par là sur lui les résultats que la solidarité aurait pu produire contre ce débiteur, et voilà tout.

232. Au surplus, le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, renonce bien par là à la solidarité à l'égard de ce débiteur, mais non à l'égard des autres. (Art. 1211) (2).

233. Et il n'est pas censé y renoncer même à l'égard de ce débiteur, quoiqu'il eût reçu de lui une somme parfaitement égale à la part de celui-ci, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*. (*Ibid.*)

Sans ces expressions, ou autres analogues, car ces termes ne sont point sacramentels, l'on doit regarder le payement comme un à-compte reçu par le créancier. A plus forte raison, si la somme payée par le débiteur est inférieure ou supérieure à celle qui correspond à sa part dans la dette, n'y a-t-il point présomption de remise de la solidarité.

234. Et lors même qu'elle serait parfaitement égale, et que la quittance porterait les mots *pour*

(1) Code de Hollande, art. 1325.

(2) Code de Hollande, art. 1326.

sa part, si cette quittance contenait d'une manière formelle la réserve de la solidarité à l'égard de ce débiteur, ou même de la solidarité d'une manière générale, cette réserve, suivant Pothier, détruirait l'effet de ces mots *pour sa part,* et il n'y aurait plus lieu d'en inférer, comme le fait la loi, une renonciation tacite à la solidarité même à l'égard de ce débiteur. Il cite un arrêt qui l'a ainsi jugé.

La réserve *des droits en général,* dit-il, détruit l'induction de remise de la solidarité en faveur du débiteur, et qui naîtrait, sans cela, des mots *pour sa part* insérés dans la quittance.

Notre article 1211 confirme l'une et l'autre décision de Pothier. En effet, la seconde disposition de cet article ne doit pas être séparée de la première, dont elle n'est que le développement : or la première statue sur le cas où le créancier, en recevant de l'un des débiteurs *sa part* dans la dette, ne réserve point dans la quittance la solidarité, ou ses droits en général : donc, dans le cas contraire, il n'est pas *censé* y renoncer même à l'égard de ce débiteur, quoique la quittance porte *pour sa part*, et que la somme soit égale à cette part, ce qu'il faut même supposer pour que ce soit *sa part*, c'est-à-dire le cas prévu par l'article.

255. Le créancier n'est pas non plus censé renoncer à la solidarité même à l'égard du débiteur contre lequel il forme simplement une demande portant que c'est *pour sa part*, si ce débiteur n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation. (Même article 1211.) Ainsi, le créancier peut rectifier sa demande tant qu'un jugement de cette sorte n'a pas été rendu ou qu'il n'y a pas eu acquiescement.

256. Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le payement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs. (Article 1212.)

Et la perte de la solidarité n'a lieu dans ce cas, comme dans celui de l'art. 1211, qu'à l'égard du débiteur ou des débiteurs qui ont ainsi payé divisément les arrérages ou intérêts de la dette sans réserve par le créancier. La solidarité est conservée à l'égard de ceux qui ont payé au delà de leur portion, ou qui n'ont rien payé, ou qui n'ont payé leur portion qu'avec réserve par le créancier de son droit de solidarité ou de ses droits en général.

Quant aux arrérages ou intérêts échus, dans lesquels le créancier a reçu divisément, et sans faire de réserve relative à la solidarité, la portion de l'un des débiteurs, ce débiteur est déchargé pour toutes les années auxquelles se rapportent les payements qu'il a faits, peu importe le nombre d'années pendant lesquelles il a ainsi payé divisément. La condition du payement continué pendant dix ans consécutifs n'est relative qu'aux arrérages ou intérêts futurs et au capital, et non à ceux échus et payés par lui pour sa portion.

Mais pour les arrérages futurs et le capital, la réserve de la solidarité ou des droits en général, même dans une seule des quittances, conserve les droits du créancier dans toute leur étendue, et ce n'est plus que par une nouvelle série de payements divisés et reçus sans réserve pendant dix ans consécutifs à partir de celle où se rapporte la quittance donnée avec réserve, que ce débiteur peut acquérir la décharge de la solidarité pour l'avenir.

Et il faut bien remarquer que l'art. 1212 ne se contente pas pour cela du payement de dix années d'arrérages ou intérêts, reçu sans réserve, d'où il suivrait que deux quittances, et même une seule, suffiraient pour établir la présomption de remise de la solidarité aussi bien pour l'avenir que pour le passé ; l'article n'attache cette présomption qu'au *payement divisé et continué des arrérages ou intérêts pendant dix ans consécutifs.* La continuité, dans les termes et dans l'esprit de la loi, tombe sur le payement, et non pas seulement sur le nombre des années dont les arrérages ont été payés. En effet, un ou plusieurs payements seulement, quoique faits de dix années d'arrérages, ne témoigne pas aussi fortement de la volonté du créancier de renoncer à la solidarité pour l'avenir qu'une suite de payements continués pendant dix ans et chaque année. Dans le premier cas, le défaut de réserve de la solidarité peut être l'effet d'une omission, ou de la réception de la portion des autres débiteurs qui ont

payé les premiers. Dans le second cas, la persévérance du créancier à donner une série de quittances pendant dix années sans faire de réserve, atteste qu'il a renoncé, pour une cause ou pour une autre, à la solidarité à l'égard de ce débiteur.

Et comme, dans ces cas, il y a remise de la solidarité au profit de l'un ou de plusieurs des débiteurs, l'art. 1215 est applicable. En conséquence, si parmi les autres, il s'en trouve d'insolvables au moment où le créancier exige de ceux-ci le payement des arrérages ou intérêts, ou le remboursement du capital, la perte résultant des insolvabilités se répartit entre ceux qui sont solvables et ceux ainsi déchargés de la solidarité. C'est donc lui qui supporte la perte pour la portion de ces derniers.

237. Puisque la remise de la solidarité expose ainsi le créancier à des pertes, il doit être capable de la faire, soit qu'elle ait lieu tacitement, soit qu'elle ait lieu expressément.

238. L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux chacun que pour sa part (art. 1213); c'est-à-dire, pour sa part virile.

239. En conséquence, le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que les parts de chacun d'eux. (Art. 1214.)

240. Et si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. (*Ibid.*)

241. Ces principes ne sont toutefois applicables dans toute leur étendue qu'aux cas ordinaires; ils se modifient lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un ou plusieurs des coobligés seulement : alors ceux-ci sont tenus de toute la dette vis-à-vis des autres débiteurs, qui ne sont par rapport à eux que comme leurs cautions. (Article 1216.)

C'est ce qui a lieu surtout dans le cas où l'un des débiteurs solidaires n'est ainsi obligé qu'en raison de sa responsabilité, comme le second mari de la mère tutrice, dans les cas prévus aux art. 395 et 396, et le subrogé tuteur dans celui de l'art. 1442. La chose peut exister aussi dans beaucoup d'autres cas : par exemple, lorsque quatre individus empruntent solidairement une somme qui est prise seulement par deux d'entre eux, soit pour être employée à une affaire qui leur est commune, soit pour se la partager, le créancier ayant mieux aimé avoir les deux autres aussi pour obligés solidaires que comme simples cautions. Mais ceux-ci n'ont ni le bénéfice de discussion ni celui de division, puisqu'ils sont obligés solidairement.

Dans cette espèce, si c'est un de ceux dans l'intérêt desquels seulement la dette a été contractée qui l'a acquittée, il n'a aucun recours contre les deux débiteurs réputés cautions par rapport à lui; il n'en a que contre le codébiteur de sa qualité; mais il l'a pour moitié.

Si la dette a été payée par l'un des débiteurs réputés cautions par rapport aux autres, ce débiteur a une action pour le tout contre chacun de ceux-ci (art. 2030) (1), comme subrogé au lieu et place du créancier; mais contre celui de sa qualité, il n'a qu'une action divisée (art. 2033) (2), et pour moitié, dans l'espèce. Nous disons *pour moitié*, et non pas pour un quart, parce que dans la division de la dette entre les fidéjusseurs, après qu'elle a été acquittée par l'un d'eux, il est clair que l'on ne comprend point le débiteur ou les débiteurs principaux. Or celui qui a fait le payement et le codébiteur de sa qualité sont réputés cautions par rapport aux deux autres. Ceux-ci ne doivent donc pas être comptés dans cette division.

Enfin, si c'est un tiers qui a payé la dette, avec subrogation aux droits du créancier, il n'y a plus lieu à ces distinctions en ce qui le concerne : il a l'action solidaire contre chacun des codébiteurs; mais pour le recours de celui qui a remboursé le tiers, l'on observe ces mêmes distinctions.

242. Quant aux lettres de change et billets à

(1) Code de Hollande, art. 1878.

(2) Code de Hollande, art. 1881.

ordre, le porteur qui a rempli les obligations qui lui sont imposées par le Code de commerce, a une action solidaire contre tous les endosseurs et le tireur ou souscripteur de l'effet, ainsi que contre les donneurs d'aval ou autres cautions. Et si c'est une lettre de change qui ait été acceptée, ou dont le tiré avait la provision à l'échéance (1), le porteur a également action solidaire contre lui. (Art. 140 et 187 du Code de comm.)

Le dernier endosseur qui a remboursé le porteur a la même action contre eux (art. 167 *ibid.*), moins toutefois celui qui aurait mis son aval pour lui.

Si c'est le pénultième endosseur qui a remboursé l'effet, il a bien une action solidaire contre les endosseurs précédents, le tireur et l'accepteur, ainsi que contre les donneurs d'aval qui ont cautionné l'effet pour ceux-ci; mais il est clair qu'il n'en a point contre son cessionnaire, à qui il doit au contraire la garantie; et il n'en a point non plus contre celui qui a cautionné ce cessionnaire, par aval ou autrement, la garantie étant due à cette caution par celui qui a cautionné, et par cela même par le cédant de ce dernier; ce qui rend parfaitement applicable la maxime : *Is quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Il faut même le décider ainsi, encore que le donneur d'aval dont il s'agit n'eût pas restreint spécialement son cautionnement à l'engagement de ce cessionnaire, ayant de la sorte cautionné indistinctement tous les signataires de l'effet, par conséquent ceux aussi qui doivent la garantie à celui qui l'a payé. Il suffit pour cela que son aval ou cautionnement soit postérieur à la transmission opérée par celui qui l'a acquitté.

243. Dans tous les cas dont nous venons de parler, la subrogation a lieu de droit; il n'y a pas besoin qu'elle soit consentie par le créancier : l'article 1251, n° 3, du Code civil porte en principe qu'elle existe légalement au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter : ce qui s'applique par conséquent aux codébiteurs solidaires principaux, aux cofidéjusseurs, soit par rapport au débiteur principal, soit entre eux, et aux divers signataires et porteurs d'effets de commerce vis-à-vis de ceux contre lesquels ils ont un recours à exercer, et lorsqu'ils ont rempli les obligations que la loi leur imposait pour le conserver. Les tiers même qui ont payé ces effets par intervention sont aussi légalement subrogés aux droits du porteur, mais ils sont tenus des mêmes devoirs quant aux formalités à remplir pour conserver le recours. (Article 159 du Code de comm.)

La subrogation emporte, au profit du subrogé, les priviléges, hypothèques, cautionnement et toute autre garantie ou accessoire qui étaient attachés à la dette. (Art. 1250 du Cod. civ.) (2). Elle est de l'action telle qu'elle était dans la main du créancier, mais toutefois réduite, entre les débiteurs solidaires directs et principaux, ou entre les cofidéjusseurs, à la mesure de ce que chacun d'eux doit supporter dans la dette, soit quant à sa part soit quant aux insolvabilités de tel ou tel d'entre eux. Mais lorsque c'est un tiers qui paye avec subrogation, légale ou conventionnelle, n'importe, ce tiers peut poursuivre chacun des débiteurs solidaires pour le total; et il a le même droit contre les cautions, sauf à ces cautions à lui opposer les bénéfices de discussion et de division dans les cas où elles auraient pu les opposer au créancier lui-même.

244. Mais comme la dette acquittée par l'un des débiteurs solidaires se divise, dans les cas ordinaires, entre lui et ses codébiteurs, il s'ensuit que quand même ce débiteur se serait fait consentir la subrogation par le créancier, il ne pourrait toujours poursuivre les autres que pour leur part et pour celle aussi qu'ils auraient à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux. Aujourd'hui la subrogation conventionnelle n'a pas plus d'effet que la subrogation légale : l'article 875 (3) le décide positivement entre les héritiers, afin que l'insolvabilité d'un ou plusieurs, dans le cas dont il s'agit dans cet article, ne soit pas supportée seulement par celui qui a

(1) Dans ce dernier cas, le porteur n'a point, il est vrai, d'action de son chef contre le tiré qui n'a pas accepté, mais il en a une du chef du tireur qui avait fait la provision, et il a cette action sans partage avec les autres créanciers du tireur, attendu qu'il a tous les droits de celui-ci en ce qui concerne la lettre de change, et par conséquent la provision.

(2) Code de Hollande, art. 1437.

(3) Ibid., art. 1149.

payé la dette, et qu'ainsi l'égalité qui doit subsister dans les partages ne soit pas rompue. Or la raison est absolument la même quant aux débiteurs solidaires. Il y a même une raison de plus, c'est qu'ils ont dû compter sur le bénéfice du droit commun, d'après lequel la dette acquittée par l'un d'eux se divise entre eux tous, bénéfice que le créancier n'a pu leur enlever.

Bien mieux, lors même que l'un d'eux aurait fourni une hypothèque sur ses biens, il ne devrait encore pouvoir être poursuivi, même hypothécairement, par le codébiteur qui a payé la dette, que pour sa portion et celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait; et cela nonobstant le principe que l'hypothèque est indivisible dans ses effets. Il en serait de ce cas comme de celui de l'art. 875, où l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre ses cohéritiers que pour la portion que chacun d'eux doit en supporter en définitive, *quand même il se serait fait subroger aux droits du créancier*. On suppose, en effet, dans le cas de cet article, que les autres héritiers sont détenteurs de biens hypothéqués à la même dette, ou que la dette était indivisible sous quelque rapport, car, sans cela, chacun des héritiers n'en devant personnellement que sa part, d'après le droit commun (art. 873 et 1220), il eût été bien inutile de porter une disposition pour établir que l'héritier qui avait payé au delà de la sienne ne pourrait néanmoins réclamer de son cohéritier que la part de celui-ci, quoiqu'il se fût fait subroger aux droits du créancier, puisque le créancier lui-même n'eût rien pu demander au delà à ce cohéritier (1). C'est d'ailleurs ce qui résulte clairement de l'art. 876, suivant lequel, en cas d'insolvabilité de l'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans *la dette hypothécaire* est répartie entre tous les autres, au marc le franc; autrement l'égalité serait rompue entre les cohéritiers.

Or il en est absolument de même dans le cas de dette solidaire entre plusieurs débiteurs: la part de celui d'entre eux qui se trouve insolvable est pareillement répartie entre les autres et celui qui a payé la dette (art. 1214), parce qu'en effet ils sont associés quant à cette dette, et que l'égalité doit de même subsister entre eux.

En vain objecterait-on que la dette, au moyen de la subrogation, existe encore entière, moins la part de celui qui l'a payée, et que les effets du gage ou de l'hypothèque sont indivisibles (articles 2077 et 2114): à cela nous répondrions que, dans ce cas, comme dans celui de l'art. 875, les effets de l'indivisibilité sont mesurés seulement sur le montant de l'action personnelle en recours contre chacun des débiteurs, afin d'éviter une inutile involution d'actions. En effet, de deux choses l'une: ou les autres codébiteurs ou cohéritiers sont solvables, et alors l'action hypothécaire n'a point paru au législateur devoir s'étendre au delà de la part dont est tenu celui qui est passible de cette action, parce que cela n'est point utile; ou ils ne le sont pas, et dans ce cas le débiteur ou l'héritier qui a payé la dette, ou qui l'a payée au delà de sa portion, peut forcer les autres à supporter leur part dans les insolvabilités, ce qui conduit absolument au même résultat que celui qu'on obtient en ne donnant à ce débiteur ou à cet héritier l'action hypothécaire que pour la part dont il doit être tenu en définitive, y compris celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités. Tel est le vrai motif qui a dicté la disposition de l'art. 875, et il a la même force absolument dans les dettes solidaires. Supposons, par exemple, Primus, Secundus et Tertius débiteurs solidaires d'une dette de 30,000 fr.; que Tertius ait fourni une hypothèque sur ses biens, et que Primus ait payé toute la dette: si celui-ci, au moyen de la subrogation, avait action hypothécaire contre Tertius pour 20,000 fr., et que Secundus fût insolvable, Tertius pourrait recourir contre lui Primus, pour lui faire supporter sa part dans l'insolvabilité de Secundus, c'est-à-dire pour 5,000 fr. Or, puisque Primus serait garant de cette somme envers Tertius, il ne peut pas raisonnablement avoir contre lui une action pour cette même somme, d'après la maxime: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. En la lui accordant, avec l'hypothèque, pour 15,000 fr. seulement, qui est sa part dans la dette et sa part dans l'insolvabilité de Secundus (en admettant encore que celui-ci soit insolvable), on la lui donne donc dans sa plus grande éten-

(1) *Voyez* ce qui a été dit à l'appui de cette observation, au tome VII, nos 446 et suivants.

due possible, et le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque reçoit tous les effets qu'il peut recevoir en pareil cas. La subrogation reçoit pareillement les siens : il importe peu dès lors qu'elle soit conventionnelle ou légale ; l'art. 875 en est bien la preuve, et le cas est parfaitement analogue.

Il en serait autrement, sans doute, comme nous l'avons dit, si c'était un tiers ou même une caution qui eût payé la dette, en supposant, dans le cas où ce serait la caution, que l'hypothèque n'eût point été établie sur les biens d'un autre cofidéjusseur, mais sur ceux de l'un des débiteurs solidaires ; ce tiers ou cette caution aurait effectivement, au moyen de la subrogation, l'action hypothécaire pour le tout contre ce débiteur. Mais pourquoi cela? C'est parce qu'ils n'auraient ni l'un ni l'autre à supporter personnellement aucun part dans l'insolvabilité de tel ou tel des débiteurs, et par conséquent que l'action du créancier, auquel ils seraient subrogés ne se trouverait pas ainsi virtuellement diminuée du montant de tout ce dont elle est diminuée dans le premier cas. Or elle est diminuée, dans ce même cas, 1° de la part du débiteur qui a payé la dette; 2° de tout ce qu'il doit supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel des autres débiteurs solidaires.

Tels sont les principes du Code, clairement manifestés par l'art. 875, qui est applicable à tous les cas semblables, par exemple aussi à celui où l'un de plusieurs confidéjusseurs de la même dette aurait fourni sur ses biens une hypothèque, et que la dette aurait été acquittée par un autre en totalité ou pour une plus forte portion que sa part virile, parce qu'il aurait renoncé au bénéfice de division, ou qu'il n'aurait pas jugé à propos de l'opposer. Dans ce cas aussi la dette se divise de plein droit entre les confidéjusseurs (art. 2033), et par argument des articles 876 et 1214, s'il y en a parmi eux d'insolvables, la part de ceux-ci se répartit entre ceux qui sont solvables et celui qui a payé la dette.

245. Lorsque la dette est payable en plusieurs termes, par exemple en trois payements, d'année en année, il n'est pas douteux que celui des débiteurs qui a payé le premier terme ne puisse exercer de suite son recours contre les autres pour qu'ils aient à lui rembourser leur part dans ce qui a été payé, quand bien même cette somme n'excéderait pas la portion de ce débiteur dans toute la dette ; autrement il ne jouirait pas du bénéfice du terme dans toute son étendue ; les autres en profiteraient seuls, ce qui ne serait pas juste.

Mais lorsque la dette est devenue exigible en totalité, et que le créancier ayant bien voulu consentir à recevoir un payement partiel, l'un des débiteurs a payé au delà de sa part, par exemple les trois quarts de la dette quand il y avait trois débiteurs, ou 18,000 fr. sur une dette de 24,000 fr., il n'est pas douteux non plus que ce débiteur ne puisse recourir de suite contre les deux autres au moins pour 2,000 fr. chacun, puisqu'ils sont nécessairement libérés de cette somme vis-à-vis du créancier. La question ne peut offrir de doute que pour l'excédant.

Mais pour cet excédant, il ne peut, selon nous, demander à l'un ou l'autre, à son choix, les 8,000 fr. qui formeront la part de chacun d'eux ; car ils sont encore l'un et l'autre soumis à l'action du créancier pour les 6,000 fr. qui restent dus, ce qui donnerait à celui qui serait obligé de les payer, et au cas où l'autre serait insolvable, le droit de recourir pour cette insolvabilité contre celui auquel il aurait remboursé ces 8,000 fr. D'un autre côté, il ne faut pas non plus s'attacher exclusivement à la possibilité de ce recours, pour conclure de là que le débiteur qui a fait le payement des 18,000 fr. ne peut se faire rembourser de chacun de ses débiteurs sa part dans ce qui a été payé, ou 6,000 fr., ou tout au moins sa part dans ce qui excédait la portion du premier dans la dette, c'est-à-dire 5,000 fr. On doit envisager les trois débiteurs collectivement comme associés quant à la dette, et considérer le payement de 18,000 fr. fait par l'un d'eux comme l'ayant été dans l'intérêt de tous, en ce qu'il a réellement diminué la dette de chacun envers le créancier ; cette libération commune, quoiqu'elle ne soit pas intégrale, est donc comme une affaire de société faite par l'un des associés, et en conséquence le montant des 18,000 fr. payés doit se répartir dès à présent entre les trois débiteurs; d'autant mieux que l'obligation de chacun d'eux envers le créancier pour

les 6,000 fr. qui lui restent dus est absolument la même.

246. Nous terminerons nos observations sur cette matière importante et difficile, par la question de savoir si le débiteur solidaire qui a payé la dette a droit, sans demande, aux intérêts des sommes qu'il a déboursées pour les parts de ses codébiteurs ?

Le mandataire qui a fait des avances a droit aux intérêts des sommes par lui déboursées, à partir du jour des avances constatées (art. 2001); et la caution qui a payé la dette a droit aussi aux intérêts de ses déboursés. (Art. 1153, 2028) (1). Le cautionnement donné du consentement du débiteur n'est d'ailleurs rien autre chose qu'un mandat. Or les débiteurs solidaires sont cautions les uns des autres, et ils se donnent réciproquement mandat de payer la dette. Les raisons sont donc les mêmes pour que celui qui a payé la part des autres dans cette dette ait droit aux intérêts de ses déboursés. Peu importe que l'art. 1153 dise que, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit, et qu'aucune des dispositions relatives à la solidarité entre débiteurs en matière civile ne s'explique sur ces intérêts; le Code contient dans d'autres titres le principe sur lequel repose cette décision, et cela suffit.

SECTION V.

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

SOMMAIRE.

(1) Code de Hollande, art. 1286 et 1876.

247. Souvent l'exécution de l'obligation présente de graves difficultés, à raison de la nature de la chose qui en fait la matière, lorsque le débiteur ou le créancier meurt laissant plusieurs héritiers avant que l'engagement ait été acquitté. Ces cas sont ceux où l'obligation est indivisible sous quelque rapport.

Dumoulin, dans son Traité *de Dividuis et individuis*, qu'il a appelé aussi, peut-être avec un peu trop de confiance, *extricatio labyrinthi*, a développé ce sujet avec sa profondeur accoutumée, et les savantes explications qu'il en a données, d'après l'analyse qu'il a faite des lois romaines qui s'y rapportent, sont devenues pour ainsi dire autant de règles de la matière. Cependant il n'a pas dissipé toutes les obscurités qui l'environnent, et l'indivisibilité des obligations est encore le sujet le plus épineux du droit.

248. Avant de composer son Traité *des Obligations*, Pothier avait fait un extrait du travail de Dumoulin et il a consacré dans son ouvrage les principales règles qu'avait tracées ce grand jurisconsulte pour servir à l'intelligence de cette matière abstraite. Les rédacteurs du Code civil ont en général adopté la théorie de Dumoulin d'après l'analyse qu'en a présentée Pothier; en sorte que l'on peut regarder l'ouvrage de ce dernier comme le guide le plus sûr dans l'interprétation des articles du Code sur la divisibilité et l'indivisibilité des obligations. Ce n'est pas là une simple remarque, c'est une observation importante, attendu que dans les doutes nombreux qu'ils font naître, nous aurons souvent occasion d'appuyer nos opinions de celles de ces savants jurisconultes.

L'on voit en effet que les principes qui sont établis par le Code sur ce sujet se trouvent tous exposés dans le même ordre dans l'ouvrage de Pothier, et que les exceptions ou modifications que souffrent ces mêmes principes sont celles qu'il a lui-même reconnues; tellement que nulle part les rédacteurs du Code ne se sont attachés avec plus de soin à suivre la doctrine de cet auteur et à la résumer en dispositions législatives.

249. Nous diviserons la matière en trois paragraphes.

Dans le premier, nous considérerons les obli-

gations divisibles et indivisibles d'une manière générale ;

Dans le second, nous parlerons des effets des obligations divisibles ;

Et dans le troisième, de l'effet des obligations indivisibles.

§ 1er.

Des obligations divisibles et indivisibles considérées sous un point de vue général.

SOMMAIRE.

250. *Quelle est l'obligation divisible.*
251. *La divisibilité de l'obligation est matérielle ou intellectuelle.*
252. *Quelles sont les obligations indivisibles : elles peuvent avoir pour objet des droits ou choses incorporelles, ou des faits.*
253. *L'obligation de ne pas faire est tantôt divisible, tantôt indivisible, selon l'objet.*
254. *C'est uniquement l'objet de l'obligation, et non pas l'utilité qu'elle peut procurer aux créanciers, ou la charge qu'elle impose aux débiteurs, qui la rend divisible ou indivisible.*
255. *Définition des obligations divisibles ou indivisibles d'après l'art.* 1217 *du Code.*
256. *Mais le Code, dans l'art.* 1218, *regarde aussi comme indivisibles des obligations qui seraient divisibles d'après l'article* 1217, *et d'après l'art.* 1221, *nos* 2 *et* 5.
257. *Cela jette une grande confusion dans la matière, et il en résulte des oppositions difficiles à lever.*
258. *On aurait pu éviter cette confusion, et comment.*
259. *En général, les droits de servitude sont indivisibles : conséquences.*
260. *Modification quant aux prises d'eau, en ce sens qu'elles peuvent se diviser* mensura aut temporibus.
261. *Diverses obligations de faire, et d'autres de donner; les premières peuvent être divisibles lorsqu'elles sont de faire plusieurs choses de la même espèce.*
262. *L'obligation de fournir une journée de travail est indivisible; conséquences.*
263. *Celle de livrer un fonds,* fundum tradi, *considérée sous deux rapports : sous l'un elle est indivisible, sous l'autre elle est divisible.*
264. *Analyse de la loi* 85, *ff.* de Verb. oblig., *où l'on établit quatre sortes d'obligations sous le rapport de la divisibilité; diverses solutions relatives à l'obligation de garantie.*
265. *Si l'exception de garantie est divisible ou indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur; droit ancien sur ce point; arrêts sous le Code; discussion : selon l'auteur elle est divisible.*
266. *La solidarité ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité, et,* vice versa, *l'indivisibilité ne donne point à l'engagement le caractère de solidarité : principales différences dans les effets.*
267. *Par obligation* indivisible, *l'art.* 2249 *entend-il aussi celles qui ont pour objet la restitution ou le payement d'un corps certain, et celles qui ne sont indivisibles que relativement au payement, et à raison de l'intention des contractants? Non, selon l'auteur.*

250. Une obligation divisible est celle qui a pour objet une chose divisible. Une obligation indivisible est celle qui a pour objet une chose indivisible. Mais quoiqu'une obligation ne soit pas encore divisée, elle n'en peut pas moins être divisible ; il suffit pour cela qu'elle puisse se diviser (1). Du vivant du créancier et du débiteur, l'obligation d'une somme d'argent, par exemple, n'est point divisée, du moins généralement; mais à la mort de l'un ou de l'autre, elle se divisera entre ses héritiers. (Article 1220.) L'obligation d'une somme contractée par plusieurs solidairement est une obligation indivisée, et néanmoins elle est divisible, et se divisera entre les héritiers du créancier, et même entre les héritiers de l'un ou de l'autre des débiteurs, attendu que la solidarité n'imprime point à l'obligation le caractère d'indivisibilité (art. 1219), ainsi que nous le démontrerons plus loin avec plus de développement.

Une obligation divisible est donc celle qui est susceptible de parties, qui peut être due à plusieurs ou par plusieurs pour des parts égales ou inégales, n'importe, et c'est l'objet de cette obligation, sa divisibilité ou son indivisibilité, qui déterminera le caractère de l'obligation elle-même, et fera qu'elle sera divisible ou indivisible.

Cette division, observe Pothier, n'est pas la division physique, qui consiste *tantum in solutione continuitatis*, comme une planche que l'on

(1) Dumoulin, *Tract. de Divid. et indiv. part.* III, nos 7 *et seq.* Pothier, *des Oblig.*, no 288.

scie en deux ; c'est une division tenant au droit, une division *civile*.

La première est plutôt une séparation qu'une division.

251. La divisibilité de l'objet qui donne à l'obligation le caractère d'obligation divisible, est de deux sortes : l'une matérielle, et qui s'opère par des parties réelles et séparées, comme une pièce de terre que l'on divise en diverses parts, en plantant des bornes ; l'autre intellectuelle, et qui a lieu par l'établissement de parties dans un même tout pour des parts aliquotes, égales ou inégales, comme lorsque le débiteur ou le créancier de cette pièce de terre meurt laissant plusieurs héritiers.

Mais il suffit qu'une chose soit susceptible de cette seconde espèce de division, bien qu'elle ne le fût pas de la première, comme un cheval, un tableau, pour que l'obligation de donner cette chose soit divisible (1), quoique l'art. 1218 du Code paraisse dire le contraire.

252. Les obligations indivisibles sont celles qui ont pour objet des choses ou des droits qui ne sont susceptibles ni de parties réelles ni de parties intellectuelles, comme les droits de servitude en général, *quæ pro parte adquiri non possunt* (2).

Les mêmes règles s'appliquent aux obligations de faire ou de ne pas faire, *obligationes in faciendo vel in non faciendo.*

L'obligation de faire : par exemple, cent tonneaux, cent aunes de toiles, est une obligation divisible (3) ; mais l'obligation de faire, envisagée en elle-même, est indivisible lorsque le fait a été considéré comme un fait unique. Telle serait l'obligation de construire un théâtre (4). Nous reviendrons bientôt sur ces points, en expliquant la loi 85, ff. *de Verb. oblig.* où l'on distingue quatre sortes d'obligations en ce qui concerne la demande et l'exécution.

253. Et l'obligation de ne pas faire telle chose est divisible, si ce que l'on s'est obligé de ne pas faire peut être fait pour partie seulement. Telle est l'obligation *amplius non agi ad aliquid dividuum :* comme lorsque je me suis obligé envers vous à ne point troubler le possesseur d'un héritage à qui vous devez la garantie ; car si je revendique seulement pour partie l'héritage, j'aurai satisfait à ma promesse pour l'autre partie. L'obligation est donc divisible (5).

Mais si c'était un droit de vue ou de passage dont vous fussiez garant envers le tiers, ma promesse envers vous de ne point le troubler dans l'exercice de cette servitude serait une obligation indivisible *in non faciendo :* et si l'un de mes héritiers seulement le troublait, l'obligation aurait son effet pour le tout, et contre chacun de mes héritiers, suivant toutefois les limitations établies dans l'art. 1225, que nous développerons ultérieurement.

254. Du reste, comme l'observe aussi Pothier, d'après Dumoulin, c'est la chose même ou le fait objet de l'obligation qu'on doit uniquement considérer pour décider si l'obligation est divisible ou indivisible, et non pas l'utilité qui en revient au créancier, ni le détriment, *onus et diminutio patrimonii,* qui en résulte pour le débiteur ; autrement il n'y aurait aucune obligation qui ne fût divisible. D'où il suit que, si deux copropriétaires d'une maison se sont obligés envers les deux copropriétaires de la maison voisine, d'imposer une servitude sur la leur au profit de cette maison voisine, l'obligation est indivisible, parce que le droit de servitude qui en fait l'objet est quelque chose d'indivisible, quoique l'utilité qui en résulte pour chacun de ceux au profit desquels la promesse a été faite, ou le détriment qu'en souffrent ceux qui l'ont consentie, peut s'évaluer à une somme, chose très-divisible. C'est ce qu'enseigne clairement Dumoulin, *ibid.*, p. 2, n° 119 : *Cumhic effectus sit quid remotum et separatum a substantia obli-*

(1) L. 9, § 1. ff. *de Solut.* Dumoulin, *ibid.* p. 1, n° 5, p. II, n°s 200 et 201. Pothier, *des Oblig.*, n° 289.

(2) L. 72, *princip.* ff. *de Verb. oblig.* L. 80, § 1, ff. *ad Legem falcid.*

Mais l'usufruit est divisible, *recipit divisionem.* L. 71, ff. *ad Legem falcid.* L. 5, ff. *de Usufructu. Vide* ce que nous avons dit sur ce point au tome IV, n° 468. — (3) Dumoulin, *ibid.*, p. II, nos 203 *et seq.*

(4) *Omnis obligatio etiam facti individua est, nisi quatenus de contrario apparet.* Dumoulin, *ibid.*, et part. III, n° 112. Pothier, *ibid.* n° 290.

(5) Pothier, *ibid.*

gationis et rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel individua penes effectum, sed secundum se, et secundum naturam rei immediate in eam deductæ.

255. Le Code civil consacre ces principes généraux dans l'art. 1217 (1), ainsi conçu : « L'obligation est divisible ou indivisible, selon « qu'elle a pour objet ou une chose, qui dans sa « livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est « ou n'est pas susceptible de division, soit maté« rielle, soit intellectuelle. »

Toutes les fois donc, d'après cette définition, que la chose ou le fait est susceptible de division, soit materielle, comme une somme d'argent, ou la façon de cent aunes de toiles ; soit intellectuelle, comme un cheval, l'obligation est divisible ; et toutes les fois, au contraire, que la chose ou le fait est indivisible sous l'un et sous l'autre rapport, comme la promesse d'un droit de vue ou de passage (2) ou un voyage à faire en telle ville, l'obligation est indivisible. Tel est le sens précis de cet art. 1217.

L'indivisibilité qu'il définit est l'indivisibilité proprement dite, celle qui résulte *natura rei debitæ*, que Dumoulin appelait *individuum contractu*, et Pothier indivisibilité *absolue*, pour indiquer qu'il n'était même pas possible aux contractants de faire que l'obligation fût divisible, ayant une telle chose ou un tel fait pour objet.

256. Toutefois, les rédacteurs du Code ne s'en sont point tenus à ce principe général : ils ont reconnu aussi, comme les auteurs que nous venons de citer, qu'une obligation peut être indivisible sous d'autres rapports. Ainsi, suivant l'art. 1218, (3) « l'obligation est *indivisible*, « quoique la chose ou le fait qui en est l'objet « soit divisible par sa nature, si le rapport sous « lequel elle est considérée dans l'obligation « ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

Cette disposition renferme évidemment plusieurs cas où l'obligation serait indivisible : elle comprend notamment celui où l'objet, quoique susceptible de division intellectuelle, serait un corps certain, qui, par sa nature, ne pourrait être livré par parties, comme un cheval, une statue ; car il est clair que les contractants n'ont point entendu que cet objet pourrait se livrer partiellement : la chose n'est même pas possible. Dumoulin appelait ce cas d'indivisibilité, *individuum obligatione*, en ce que, bien que l'obligation, dans ce cas, soit divisible *jure inter hæredes*, néanmoins elle est indivisible *executione, seu traditione rei*.

Cette disposition renferme aussi les obligations qui ne sont indivisibles que parce que les parties l'on ainsi voulu, et à raison seulement de la manière dont elles seraient exécutées : telle est la promesse de livrer un terrain nécessaire à la construction d'un certain édifice, ou même une somme d'argent pour une destination spéciale, par exemple pour tirer un débiteur de prison.

C'est le cas de l'indivisibilité de payement seulement, *individuum solutione*, disait Dumoulin ; et cette espèce d'indivisibilité est toujours renfermée dans celle qu'il appelait *individuum obligatione*.

257. Mais en voulant exprimer, dans ces articles 1217 et 1218, les *causes* à raison desquelles une obligation peut être indivisible, les rédacteurs du Code ont mis par le fait ces deux articles en opposition l'un avec l'autre, et de plus, ils ont mis le dernier en contradiction formelle avec les n°s 2 et 3 de l'article 1221.

D'abord, il y a opposition entre les art. 1217 et 1218, en ce qu'un cheval, par exemple, est la matière d'une obligation divisible d'après l'art. 1217, et celle d'une obligation indivisible d'après l'art. 1218.

C'est la matière d'une obligation *divisible* d'après l'art. 1217, puisqu'un cheval est susceptible de division intellectuelle, qu'il peut appartenir à plusieurs pour des parts, même inégales, être l'objet d'une licitation entre les divers copropriétaires, et que chacun peut aussi vendre séparément la part qu'il a dans ce cheval : toutes choses qui ne peuvent avoir lieu à l'égard d'un droit de servitude, par exemple, attendu qu'une servitude ne peut s'établir pour partie, ni être

(1) Code de Hollande, art. 1332.
(2) L. 72, *princip.* ff. *de Verb. oblig.*
(3) Code de Hollande, art. 1333.

exercée pour partie. Les art. 789 et 790 (1) ne sauraient consacrer cette indivisibilité d'une manière plus formelle, d'après les effets qu'ils lui font produire. Il est clair, en effet, que en considérant la servitude en elle-même, et abstraction faite de l'utilité dont elle peut être pour chacun des copropriétaires du fonds auquel elle est due, cette servitude n'est susceptible d'aucune division, même intellectuelle, entre ces divers copropriétaires ; qu'elle n'appartient à aucun d'eux pour une part, et qu'elle ne saurait non plus être par elle même l'objet d'une licitation entre eux, car aucun d'eux ne ferait le sacrifice d'un sou pour être réputé l'avoir à lui seul, tant qu'ils laisseront le fonds en commun.

Mais un cheval est l'objet d'une obligation *indivisible* d'après l'art. 1218, puisqu'évidemment les parties ont considéré comme n'étant pas susceptible d'exécution partielle l'engagement qui a une telle chose pour objet.

De plus, l'art. 1939 (2) porte : « Si la chose « déposée est indivisible, les héritiers doivent « s'accorder entre eux pour la recevoir. » Or, n'entend-on pas généralement par là le cas où le dépôt serait d'un corps certain, comme un tableau, un cheval, un diamant, etc., etc., choses non susceptibles de division matérielle sans destruction de la substance, mais néanmoins très-susceptibles de division intellectuelle? Cela n'est pas douteux; aussi c'est cette espèce d'indivisibilité que Dumoulin a appelée *individuum obligatione;* mais qui est plutôt telle *ratione solutionis*, et divisibilité *jure*. Nous verrons successivement en quoi elle diffère de l'indivisibilité absolue, par rapport aux héritiers du débiteur.

Nous disons *généralement*, car le dépôt de certains titres, comme ceux relatifs à l'état d'une personne, serait évidemment d'une chose indivisible ; mais le dépôt d'un billet serait d'une chose divisible en considérant la chose représentée par le billet, et d'un corps certain en considérant ce billet lui-même.

L'opposition entre l'art. 1218 et 1221, nos 2 et 5, paraît encore plus manifeste, s'il est possible. Le cas du no 2 est celui où la dette est d'un corps certain en général, ce qui comprend par conséquent le cas du cheval dont il vient d'être parlé. Et celui ou plutôt ceux du no 5, sont les cas « où il résulte, soit de la nature de l'en- « gagement, soit de la chose qui en fait l'objet, « soit de la fin qu'on s'est proposée dans le con- « trat, que l'intention des contractants a été « que la dette ne pût s'acquitter partielle- « ment. » Or, dans ces cas, qui constituent des obligations *indivisibles* d'après l'art. 1218, l'obligation, au contraire, est *divisible* suivant l'article 1221.

Elle est divisible, premièrement, parce que cet article est placé sous la rubrique du § 1er, ainsi conçu : *de l'Effet des obligations divisibles.* Elle est divisible, secondement, parce que, après que l'art. 1220 a eu réglé les effets des obligations divisibles entre les contractants et leurs héritiers, cet art. 1221 (3) ajoute : « Le « principe établi dans l'article précédent reçoit « exception, etc.; » or l'on ne peut raisonnablement faire exception à un principe que pour des cas qui, sans cette exception, se seraient trouvés régis par ce principe : c'est là une des règles les plus vulgaires de la logique. Donc il est question d'obligations *divisibles* dans les nos 2 et 5 de l'art. 1221, comme dans les autres numéros du même article; dont il y a opposition avec l'art. 1218, qui qualifie *indivisibles* ces mêmes obligations. Seulement les effets de l'obligation d'un corps certain sont modifiés, en ce sens que l'héritier détenteur de l'objet peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours, s'il y a lieu, contre ses cohéritiers ; mais c'est ce qui prouve encore que l'obligation n'est point indivisible, puisque l'action pour le tout n'est donnée ici que contre le détenteur seulement, tandis que dans les obligations indivisibles, chacun des débiteurs ou des héritiers du débiteur peut être poursuivi pour le tout (art. 1222 et 1223) (4), sauf le droit accordé par l'art. 1225 (5) au défendeur.

258. On aurait pu éviter cette confusion, qui complique les difficultés de la matière; pour cela, il suffisait de reconnaître, 1o qu'il y a des obligations d'une indivisibilité absolue, c'est-à-

(1) Code de Hollande, art. 1108.
(2) Ibid., art. 1758.
(3) Ibid., art. 1336.
(4) Code de Hollande, art. 1337 et 1338.
(5) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

dire des obligations ayant pour objet une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans son exécution, n'est pas susceptible de division, même intellectuelle; 2° qu'il y en a d'une divisibilité également absolue, et c'est le plus grand nombre; mais 3° qu'il en est d'autres aussi qui, à raison de certaines circonstances, ne soumettent point les divers débiteurs ou leurs héritiers aux règles seulement des obligations divisibles proprement dites, mais qui ont au contraire des effets communs avec ceux des obligations indivisibles. Aussi la loi 2, § 1, ff. *de Verb. oblig.* en fait-elle une troisième espèce, une espèce mitoyenne entre les obligations divisibles et les obligations indivisibles; nous en verrons même bientôt d'une quatrième sorte, en expliquant la loi 85, ff. *de Verborum obligationibus*.

C'est bien certainement ce qu'on a voulu dire, mais on n'a pas assez clairement expliqué la chose dans le Code, parce qu'on a donné aux obligations dont parle l'art. 1218, et au dépôt, dans certains cas, la qualification d'obligations indivisibles; tandis que dans l'art. 1221, nos 2 et 5, on considère, au contraire, ces obligations comme divisibles : toutefois, dans ce dernier numéro, avec les effets de l'obligation indivisible proprement dite, en tant que le créancier peut demander le tout à chacun des héritiers du débiteur; ce qui, encore une fois, jette beaucoup d'obscurité sur cette matière déjà si compliquée, et fait naître plusieurs questions, notamment celles de savoir, 1° si l'héritier poursuivi pour le tout dans les cas du n° 5, ne peut pas du moins, comme si l'obligation était d'une indivisibilité absolue, user de la faculté accordée par l'article 1225, d'appeler ses cohéritiers en cause pour faire diviser entre eux et lui la condamnation, lorsqu'il ne serait pas le seul qui, à raison de la nature de l'engagement, pût l'exécuter, ce qui, du reste, sera bien rare dans ces mêmes cas; et 2° si l'art. 2249, qui décide que la prescription interrompue contre l'un des héritiers du débiteur est censée l'avoir été pareillement contre les autres, lorsque la dette est *indivisible*, est applicable à ces sortes de cas. Mais nous discuterons ces points ultérieurement.

259. Parcourons maintenant quelques cas où il y a plus ou moins de doute sur la nature de l'obligation.

Nous avons dit qu'un droit de servitude en général, comme un droit de passage ou de vue, est indivisible (1). En effet, en considérant la servitude pour ce qu'elle est, comme une qualité du fonds au profit duquel elle a été constituée (2), il est clair qu'elle n'est pas susceptible de parties, même intellectuelles, quoique ce fonds appartînt à plusieurs. Il est impossible de concevoir dans une servitude de vue, de passage, un objet à partager, ou même à liciter, bien que le fonds lui-même fût très-divisible. Aussi tant que durera l'indivision du fonds, la jouissance de l'un des propriétaires conservera le droit des autres (art. 709) (3); et si la prescription n'a pu courir contre l'un d'eux, parce qu'il était mineur, elle aura pareillement été suspendue à l'égard des autres (art. 710) : de là cette maxime : *In individuis, minor relevat majorem* (4). En effet, celui qui a joui de la servitude, ou contre lequel la prescription n'a pu courir, est censé avoir joui du fonds pour le tout, ou avoir conservé le droit pour le tout, puisqu'il ne pouvait le conserver en partie seulement, la chose n'étant pas susceptible de parties.

Mais quand le fonds est divisé, alors il y a autant de fonds qu'il y a de parties; la servitude se maintient au profit de toutes (5), de manière toutefois que la condition du fonds assujetti n'en soit point aggravée (art. 700) (6); et celle de ces portions qui reste, pendant le temps déterminé par la loi, privée de la jouissance de la servitude, perd le droit qu'elle avait (7).

260. Cependant, quant aux prises d'eau, on peut, en ce qui touche leur exercice (8), les considérer comme des droits susceptibles de division, *mensura aut temporibus* (9); par exemple, si votre fonds est assujetti envers le mien à un

(1) L. 80, § 3, ff. *ad Legem falcid.*; et L. 72 *princip.* ff. *de Verb. oblig.*

(2) L. 86, ff. *de Verb. signif.* *Voyez* tome V, n° 475.

(3) Code de Hollande, art. 757.

(4) *Voyez* la loi 10, *princip.* ff. *Quemad. servit. amitt.*; et au tome V, nos 470 et suiv., et 688.

(5) Voir la loi 6, au même titre.

(6) Code de Hollande, art. 737.

(7) Même loi. *Voyez* aussi au même volume, nos 471 et 669.

(8) *Voir* au même volume, n° 372.

(9) L. 4, § 1, et L. 19, § 4, ff. *Communi divid.*

droit de prise d'eau, et que je vende mon héritage à deux personnes, ou que je laisse plusieurs héritiers, ils pourront, en le partageant, partager aussi la prise d'eau, soit en en divisant le volume, soit en convenant, si la quantité n'en est pas assez considérable, qu'ils en jouiront alternativement, à des jours réglés. Mais tant que le fonds auquel est due cette prise d'eau ne sera point divisé, ce droit sera considéré comme indivisible, même intellectuellement, parce qu'il n'est qu'une *qualité* et non une *partie*, même intellectuelle, du fonds.

Si un testateur qui a un cours d'eau dans son héritage, lègue le droit à ce cours d'eau à deux voisins, chacun d'eux aura action contre l'autre pour faire diviser l'eau *mensura aut temporibus*, ainsi que l'explique Pothier *ad Pandectas*, sur la loi 19, § 4, *Communi dividundo*.

261. Les obligations *de faire* sont d'une foule de sortes. Les unes notamment consistent à faire plusieurs choses de même espèce, comme vingt tonneaux, ou un même objet susceptible d'être divisé en autant de parties que l'on voudra, comme la confection d'une pièce de toile ; d'autres consistent aussi dans un ouvrage formant par lui-même un seul objet, mais objet qui ne peut être considéré *in suo genere et cum sua forma*, qu'autant qu'il est achevé : comme un théâtre, un navire, une statue.

Les obligations de faire des choses qui peuvent se livrer au fur et à mesure de leur confection, par pièces, poids ou mesure, sont divisibles ; cela est si vrai, que l'art. 1791 (1) porte que lorsqu'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties ; et elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait.

Toutefois, dans l'obligation de faire un ouvrage composé de plusieurs pièces, comme celle de faire vingt tonneaux, ce n'est qu'en considérant le nombre ou la quantité de pièces que l'obligation est divisible; car chaque pièce en elle-même est une chose indivisible, puisqu'elle consiste dans un ouvrage qui ne peut être considéré comme accompli pour aucune partie, que lorsqu'il est complet et achevé, *opus consummatum et perfectum*. D'où il ne faut pas conclure néanmoins qu'il y a dans ce cas vingt obligations, et en conséquence vingt obligations indivisibles comprises dans une obligation divisible; car ce serait presque aussi absurde que de dire que, dans l'obligation de donner une certaine somme ou un tas d'écus *qui sunt in conspectu*, il y a autant d'obligations qu'il y a de deniers. L. 29, *princip.* ff. *de Verb. oblig.*

Mais suivant ce texte, lorsqu'il y a plusieurs sommes ou plusieurs choses promises, quoique ce soit par le même acte, il y a autant d'obligations que de sommes : *In stipulationibus tot esse stipulationes, quot summæ sunt; totque esse stipulationes, quot species sunt.* C'est-à-dire que s'il a été convenu que le débiteur payera, par exemple, 100 et 50, ou s'il est convenu qu'il payera le cheval rouge et le cheval blanc, il y a deux promesses, dont l'une ne porte aucune atteinte à l'autre. La loi 140, *princip.*, au même titre, décide la même chose.

Au contraire, si je stipule une collection d'objets, comme un troupeau, un attelage, votre bibliothèque, il n'y a qu'une seule obligation pour tous les corps compris dans cette collection. Et si votre auteur m'a fait différents legs, et que je stipule de vous que vous me les payerez tous, il n'y a également qu'une seule stipulation, parce que c'est la généralité des legs qui m'ont été faits qui est l'objet unique de la convention. Même loi 29, *de Verb. oblig.*

Dans une vente de plusieurs objets pour un seul et même prix, il n'y a aussi qu'une vente, quand même ces objets seraient d'espèces différentes, comme tel pré et telle vigne. L. 44, ff. *de Contrah. empt.* L. 17, ff. *de In diem addict.* L. 34, ff. *de Ædil. edicto*. Cependant il y a lieu à l'action en garantie pour une seule espèce évincée comme pour plusieurs ou pour toutes. L. 72, *in fine* ff. *de Evictionib.*

L'obligation de faire un certain ouvrage qui ne peut être propre à remplir sa destination qu'autant qu'il est achevé, comme celle de faire un tonneau, une montre, un théâtre, une salle de bain, une maison, est une obligation indivisible, parce que l'on ne considère pas le fait passager et successif de la confection ou de la construction, l'addition d'une matière à une

(1) Code de Hollande, art. 1644.

autre ; l'on considère l'ouvrage dans son ensemble et dans sa perfection ; tellement que, tant qu'il reste quelque chose à faire pour qu'il puisse être regardé comme achevé, il est vrai de dire qu'il n'est fait pour aucune partie (1). C'est ce qui a fait dire à Caïus, dans la loi 80, § 1, ff. *ad Legem falcidiam*, que si un testateur a imposé à ses héritiers l'obligation de faire un certain édifice dans telle ville, le legs est indivisible : *Legatum individuum videtur; neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex consummatione contingit, non dederit.* En conséquence, chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout, sauf à diviser la condamnation aux dommages-intérêts entre l'héritier poursuivi et ses cohéritiers, s'il les a mis en cause, conformément à l'art. 1225.

262. D'après cela, l'on doit décider que l'obligation de fournir une journée de travail est indivisible, en telle sorte que si l'ouvrier s'est retiré du travail avant midi ou même après, mais avant la fin de la journée, il n'est libéré de son obligation pour aucune partie, sauf, en l'accomplissant ensuite par une journée complète, à se faire payer le prix du temps qu'il a d'abord employé. En effet, ce qu'il avait promis n'était pas *officium horarium*, mais *officium diurnum*. L. 3, § 1, et L. 15, ff. *de Oper. libert.* Toutefois les circonstances de la cause pourraient faire considérer le travail de deux demi-journées à des jours différents comme l'emploi d'une journée continue ; l'intention des parties est toujours la règle à suivre : et si l'ouvrier avait simplement promis douze heures de travail, par exemple, il pourrait exécuter son obligation en plusieurs jours ; mais il devrait au moins employer une heure à chaque fois.

263. Suivant Ulpien, dans la loi 72, ff. *de Verb. oblig.*, l'obligation de livrer un fonds, *fundum tradi*, est indivisible, comme celle *fossam fodiri, insulam fabricari, vel si quid simile.*

Dumoulin (2), après avoir rapporté dix-sept opinions différentes qui tendent à concilier la décision d'Ulpien avec celle que ce même jurisconsulte donne dans la loi 3, § 3, ff. *Commod. vel contra*, où il dit que l'obligation de restituer une chose prêtée à usage est divisible, et ne produit en conséquence contre chacun des héritiers de l'emprunteur une action que pour sa part héréditaire, sauf que le détenteur peut être poursuivi pour le tout ; Dumoulin, disons-nous, prétend, pour concilier ces textes, qu'Ulpien, dans la loi 72, a considéré l'obligation *fundum tradi* accompagnée de quelque circonstance particulière qui la rendait indivisible dans la demande, parce qu'elle l'était dans l'exécution, c'est-à-dire, suivant Dumoulin, que le fonds avait une destination spéciale qui exigeait qu'il fût livré entier, et par cela même *indivisibiliter* : comme serait un emplacement nécessaire à une construction : *Eum fundum tradi, non simpliciter sed ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo.* D'où il suivrait, d'après le même auteur, que hormis cette circonstance, ou toute autre analogue, l'obligation de livrer un fonds, comme celle de restituer une chose prêtée à usage ou confiée à dépôt, ou remise à gage, serait une obligation divisible.

Nous adoptons bien la décision de Dumoulin quant à ce dernier point, et c'est aussi celle de Pothier (nº 293) ; mais cela ne concilie réellement pas les deux textes du droit romain, parce que rien n'indique, dans cette loi 72, qu'il y eût la circonstance particulière dont parle Dumoulin, ce qui rend sa conciliation très-divinatoire.

Il est peut-être plus vrai de dire, avec les professeurs de Louvain (3), que l'obligation de livrer un fonds, ou toute autre chose, a pu être considérée par Ulpien sous un double rapport : comme un simple fait, et comme ayant pour objet de transférer la propriété de la chose ou du moins sa libre jouissance. Sous le premier point de vue, elle est réellement indivisible, puisque de sa nature, un fait considéré en lui-même est quelque chose d'indivisible. Sous le second rapport, l'obligation est divisible, parce que la propriété et la jouissance sont des choses très-divisibles. Or, c'est très-probablement sous le premier point de vue, qu'Ulpien a envisagé l'obligation

(1) L. 2, § 1, *de Præt. stipul.* Cujas, sur la loi 85, ff. *de Verb. oblig.*

(2) *Tract. de Divid. vel individ.*, § 2, nº 279 *ad num.* 339.

(3) *Recitationes ad Pandectas, tit. de Rei vindicatione*, nº 4.

fundum tradi, dans la loi 72 ; c'est du moins comme obligation *de faire*, ainsi que le démontrent les divers autres faits qu'il donne comme exemples d'obligations indivisibles, en assimilant, sous ce rapport, ces obligations à celles qui ont pour objet un droit de servitude. Il s'exprime ainsi : *Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt ; veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit : ut puta* FUNDUM TRADI, *vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile. Horum enim divisio corrumpit stipulationem.*

Si la chose doit être entendue ainsi, et nous le pensons, l'obligation de livrer un fonds serait indivisible quant à l'exécution ou le fait de tradition ; et elle serait divisible dans ses conséquences, relativement à la garantie en cas d'éviction, rapport sous lequel nous allons l'envisager.

264. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 85, ff. *de Verb. oblig.*, considérant les obligations sous le rapport de la demande et de l'exécution ou payement, dit qu'il y en a de quatre sortes :

1° Celles dont le payement ne doit être demandé à chacun des héritiers du débiteur que pour sa part héréditaire, et ne peut pareillement être demandé par chacun des héritiers du créancier qu'en proportion de la part pour laquelle il lui a succédé : *Quod a singulis hæredibus divisum consequi possumus.* Ce sont les obligations divisibles sans modification ; comme celles qui ont pour objet une somme d'argent, et dont l'effet est réglé par l'article 1220 du Code.

2° Celles dont l'objet ne peut être demandé ni payé par parties : *Quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest.* Telle est l'obligation de faire un certain ouvrage ou édifice : *Nam singuli hæredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.* Tels sont aussi les cas de servitude.

3° Celles dans lesquelles la demande est divisible, parce que chacun des héritiers du débiteur ne doit, *jure*, que sa part dans la dette, mais où cependant, *ex necessitate*, l'exécution ou le payement de la chose elle-même ne peut se faire par parties : *Quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum, non potest :* comme lorsque l'objet de l'obligation est une chose qui n'est pas susceptible de division sans destruction de sa substance, *puta* un cheval indéterminément : *Veluti cum stipulatus sum hominem incertum ; nam petitio ejus scinditur, solvi vero nisi solidus non potest.* L'un des héritiers ne pourrait offrir pour sa libération une moitié qu'il aurait dans un certain cheval, et l'autre héritier une moitié aussi qu'il aurait dans un autre cheval ; car le créancier n'a pas stipulé des parts dans des objets divers, quoique de la même espèce, mais un seul et même objet : *Alioquin in diversis hominibus recte partes solverentur, quod defunctus non potuit facere, ne quod stipulatus sum consequar.*

Mais si, dans ce cas, l'héritier attaqué ne livre pas le cheval promis, l'exécution se fera néanmoins par parties, attendu qu'il ne devra être condamné aux dommages-intérêts, qui sont chose très-divisible, que pour sa part (1).

Et si l'objet de l'obligation est un corps certain et déterminé, dont le demandeur serait propriétaire, par exemple tel cheval par lui prêté, loué, remis à dépôt ou à gage, et dont serait détenteur l'un des héritiers du débiteur, cet héritier pourrait être *poursuivi* pour le tout, et *condamné* pour le tout à la délivrance de l'objet, et même pour le tout aussi aux dommages-intérêts, à défaut de délivrance de la chose, s'il l'avait fait périr par sa faute, ou si elle était périe depuis qu'il a été mis en demeure. Il devrait ces dommages-intérêts pour sa part héréditaire, à raison de l'obligation du défunt, *quæ in eum descendit pro parte*, et pour le surplus, il les devrait *propter culpam suam aut moram.*

Enfin, la quatrième classe d'obligations, d'après cette loi 85, ff. *de Verb. oblig.*, comprend les cas où l'action est, au contraire, *in solidum* contre chacun des héritiers du débiteur, et dans lesquels cependant la condamnation n'est prononcée contre chacun d'eux que pour sa part : en sorte que l'obligation est indivisible *quoad petitionem*, mais divisible *quoad executionem*, et par cela même, divisible *quoad damnationem*. Tel est le cas où un vendeur qui doit la garantie à l'acheteur vient à mourir laissant plusieurs héritiers, et que l'acheteur est troublé par un tiers dans sa jouissance.

(1) Cujas, sur cette loi, Dumoulin et Pothier. Nous entrerons dans de plus grands développements sur ce point au paragraphe suivant, en expliquant l'art. 1221.

Cet acheteur peut les mettre tous en cause, ou n'en appeler qu'un seul; mais qu'il n'en appelle qu'un ou qu'il les appelle tous, la condamnation aux dommages-intérêts, s'il y a éviction, n'a toujours lieu que divisément, en proportion de la part héréditaire de chacun d'eux, de manière que celui qui a payé la sienne est libéré : *In solidum vero agi oportet, et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus; nam auctoris hæredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere; et quolibet defugiente, omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hæreditaria præstatio injungitur.*

Telle est aussi l'explication que Cujas donne de ce texte; et Pothier, dans son Contrat *de vente* n° 111, dit pareillement que l'appel en garantie, par l'acheteur troublé, ou l'action en garantie après l'éviction subie, est bien à la vérité indivisible quant à la demande, mais non quant à la condamnation : c'est-à-dire que l'acheteur peut assigner un seul des héritiers du vendeur, ou tous à son choix, parce que l'obligation de faire jouir est un fait, par conséquent une obligation indivisible, mais que les effets de cette obligation sont divisibles entre les héritiers du vendeur, et dès lors que chacun d'eux ne doit être condamné à payer les dommages-intérêts que pour sa part. Toutefois, ajoute Pothier, si celui qui est attaqué seul n'appelle pas ses cohéritiers, il supporte seul les dépens de l'instance, s'il succombe. L'on sent au reste, observe le même auteur, que l'acheteur a un grand intérêt à les appeler tous, afin de n'avoir pas plusieurs demandes à former, car ce qui serait jugé contre l'un d'eux ne ferait pas loi pour les autres.

Ainsi, il y aurait cette différence entre ce cas et ceux d'indivisibilité absolue, que, dans ces derniers, l'héritier attaqué pour le tout a bien, il est vrai, le droit de demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, aux fins de faire diviser entre eux et lui la condamnation, s'il n'est pas d'ailleurs le seul qui puisse acquitter l'obligation suivant sa teneur (art. 1225); mais dans ces mêmes cas, il doit être condamné pour le tout, sauf son recours, s'il a négligé ce moyen. Tandis que dans celui de garantie, l'héritier, quoique attaqué seul, ne doit être condamné que pour sa part, en justifiant qu'il n'est héritier que pour une part; et cela quand bien même il n'appellerait pas ses cohéritiers, et ne défendrait même point à la demande, sauf à lui à supporter en totalité les dépens de l'instance. Ainsi, c'est à l'acheteur à appeler les autres cohéritiers, s'il le juge convenable; au lieu que dans les cas de l'art. 1225, c'est à l'héritier attaqué.

265. Quant à l'exception de garantie, la question de savoir si elle est indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur dont l'un est propriétaire de la chose vendue, et qu'il revendique, a été très-controversée dans les anciens principes, et elle l'est encore aujourd'hui.

Ainsi, supposons qu'un père ait vendu et livré comme sien un fonds qui appartenait à l'un de ses enfants mineurs; que cet enfant, devenu majeur, ait ensuite accepté la succession de son père, *puta* pour un quart, et qu'il revendique le fonds en offrant de payer sa part dans les indemnités qui pourraient être dues à l'acheteur, à cause de l'éviction.

D'abord, il est certain que s'il ne s'était porté héritier que sous bénéfice d'inventaire, aucune exception ne pourrait lui être opposée sur sa demande en revendication, quand même il serait héritier unique, à la charge toutefois par lui de faire raison à l'acheteur du contenu de l'inventaire, ou de ce qui en resterait, jusqu'à concurrence de l'indemnité qui pourrait lui être due *propter evictionem;* et s'il était héritier pour partie seulement, à la charge par lui de faire raison de l'inventaire, *pro sua parte hæreditaria.* Car le bénéfice d'inventaire empêche la confusion des obligations du défunt dans la personne de l'héritier; c'est là un de ses principaux effets. (Article 802) (1). L'héritier bénéficiaire n'est tenu des engagements du défunt que par rapport aux biens de la succession, et ce n'est qu'avec ces mêmes biens qu'il est tenu de les remplir (2).

Mais dans le cas où l'enfant, propriétaire de la chose vendue, s'est porté héritier pur et simple

(1) Code de Hollande, art. 1078.

(2) C'est ce que décide Rousseau de Lacombe, d'après Lebrun, au mot *Héritier*, n° 17, et c'est aussi ce que nous avons déjà dit au tome VII, n° 52, où nous citons à l'appui un arrêt de la cour de cassation du 1er décembre 1812. (Sirey, 14, I, 139.) Le contraire avait toutefois été jugé par la cour de Rouen, le 13 décembre 1807 (Sirey, 13, II, 332); mais cet arrêt est entièrement opposé aux principes.

de son père vendeur, et qu'il n'a, par aucun acte, confirmé ou ratifié la vente, la question de savoir si l'exception de garantie, en supposant l'enfant héritier pour partie seulement, a des effets indivisibles contre lui, a partagé, disons-nous, les auteurs.

Dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, il était de principe que le propriétaire de la chose vendue et livrée sans son aveu, pouvait être déclaré non recevable dans sa demande en revendication contre l'acheteur, s'il était devenu l'héritier unique du vendeur, quoiqu'il offrît d'ailleurs de restituer le prix de la vente, et de payer toutes les indemnités qui auraient pu être dues à l'acheteur dépossédé. La loi 1re, *princip.* et § 1 ff. *de Exceptione Rei venditæ et traditæ,* la loi 3, § 1, au même titre, et la loi 14, au Code, *de Evictionibus*, sont on ne peut pas plus formelles sur ce point ; de là, cette maxime des docteurs : *Is quem evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio ;* c'est-à-dire que celui qui est tenu de faire jouir et garantir ne peut évincer : il est non recevable dans sa demande en revendication, bien qu'il soit en principe propriétaire de la chose, n'ayant point consenti à ce qu'elle fût aliénée.

En effet, puisque celui qui avait vendu et livré une chose appartenant à un tiers, et qui en était ensuite devenu propriétaire, par exemple, en devenant héritier unique du maître de la chose, ne pouvait la revendiquer, tout en offrant de payer les dommages-intérêts pour l'inexécution de son obligation de faire jouir l'acheteur (1) ; de même, l'héritier du vendeur, propriétaire de la chose vendue et livrée sans son aveu, pouvait aussi être déclaré non recevable dans son action en revendication, parce qu'il avait succédé à l'obligation du défunt, de faire jouir l'acheteur. Or cette obligation renfermant celle de ne le point troubler soi-même, est aussi, sous ce rapport, une obligation *in non faciendo ;* d'où beaucoup d'interprètes (2) ont conclu qu'elle est indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur : par conséquent, que celui d'entre eux qui est propriétaire de la chose vendue ne peut la revendiquer pour une portion quelconque, sauf à lui son recours en indemnité contre ses cohéritiers.

Ils distinguaient toutefois, du moins plusieurs d'entre eux (3), entre le cas où l'acheteur avait acquis dans l'ignorance que c'était la chose d'autrui, et le cas contraire. Ils appliquaient sans restriction leur décision au premier cas ; mais, dans le second, ils convenaient que l'héritier ne devait être repoussé que pour une part dans la chose, en proportion de celle pour laquelle il était héritier, et que, pour le surplus, son action en revendication était admissible.

Ils fondaient cette distinction sur ce que, dans le cas où l'acheteur avait acheté sciemment la chose de l'héritier, la garantie n'était pas due (sans stipulation) (4) ; que seulement le vendeur n'aurait pu l'évincer, quoiqu'il fût ensuite devenu propriétaire de la chose, parce que la garantie de ses propres faits était de droit, non pas, dans ce cas comme résultant *immediate* du contrat de vente, mais comme résultant de l'obligation générale renfermée dans toute espèce d'affaires, d'agir de bonne foi ; or la bonne foi ne permet pas que celui qui a vendu revienne contre son propre fait. Mais l'héritier, disaient-ils, n'ayant succédé que pour partie au défunt, il ne le représente aussi que pour partie dans cette obligation ; en d'autres termes, l'exception de dol qui serait résultée contre le défunt, de l'attaque dirigée par lui contre l'acheteur, n'a effet, à l'égard de l'héritier, que pour sa part héréditaire. Au lieu que lorsque l'acheteur a acheté de bonne foi, il a le droit à la garantie *propter evictionem*, et l'obligation de garantir ou faire jouir, par conséquent aussi de ne pas troubler soi-même l'acheteur, est une obligation de faire, et même de s'abstenir de faire ; et, comme telle, elle est indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur.

Ils appuyaient cette distinction sur la loi 14 *de Rei vindicatione*, la même que celle sur laquelle se fondent les partisans de l'opinion contraire, de ceux qui prétendent que, dans tous les cas où la chose est indivisible, au moins intellectuellement, l'exception de garantie, comme l'action

(1) Il eût été repoussé par l'exception *Rei venditæ et traditæ*. Même loi 1re, *princip.* ff. à ce titre.

(2) Notamment Duval, *de Rebus dubiis*, *cap. de Evictionibus;* les professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandectas*, tit. *de Rei vindicatione*, nos 3 et 4; et Cochin, dans sa 46e Consultation.

(3) Notamment, les professeurs de Louvain.

(4) L. 27, Cod. *de Evict.*

en garantie, est divisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur. Cette loi est ainsi conçue : *Cum a matre domum filii*, TE SCIENTE, *comparasse proponas adversus eum dominum vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hæreditatem, doli mali exceptione*, PRO QUA PORTIONE AD EUM HÆREDITAS PERTINET, *uti non prohiberis.*

C'est de ces mots *te sciente*, appliqués dans le rescrit à l'acheteur, que les partisans de l'indivisibilité de l'exception de garantie ont inféré que la décision eût été différente si l'acheteur eût ignoré qu'il achetait la chose d'autrui; qu'alors l'exception contre l'héritier n'aurait pas été seulement *pro portione hæreditaria*, mais pour le tout, *indivisibiliter*, sauf le recours de l'héritier contre ses cohéritiers.

Mais Dumoulin, Henrys, Pothier, et autres savants interprètes, ont soutenu, au contraire, que l'exception de garantie dans la vente d'un fonds ou autre chose divisible *saltem intellectu*, est aussi divisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur, que l'est l'action en garantie elle-même; que l'une et l'autre partent du même principe, que toutes deux descendent de la même obligation, et qu'ainsi l'héritier propriétaire de la chose dont le défunt a disposé sans son aveu, peut la revendiquer pour le tout, moins la part correspondante à celle pour laquelle il est héritier; que seulement l'acheteur, qui ne peut être forcé à se trouver dans l'indivision (1), qui n'a pas acheté une partie, mais un tout, a la faculté de contraindre alors l'héritier à retirer le tout, avec obligation pour celui-ci de payer sa part dans le prix à restituer, et dans les indemnités qui pourraient être dues à l'acheteur pour défaut de jouissance.

Et quant à ces mots, *te sciente*, de la loi 14 précitée, et dont les partisans de la première opinion tirent argument pour prétendre que la décision eût été différente si l'acheteur eût acheté de bonne foi; qu'alors l'exception de garantie contre l'héritier aurait eu lieu, non pas seulement *pro parte hæreditaria*, mais bien pour le tout; Pothier et ceux de son sentiment sur la question soutiennent que ces mots n'expriment qu'une circonstance indifférente, et que s'ils se trouvent dans cette loi, c'est parce que c'est un rescrit, qui a rappelé le fait tel qu'il avait été exposé dans la supplique; que soit que l'acheteur ait ignoré que c'était la chose d'autrui, soit qu'il l'ait su, l'héritier propriétaire et héritier pour partie seulement, n'est passible des effets de l'exception de garantie, sur sa demande en revendication, que pour sa part héréditaire, de la même manière et pour la même quotité qu'il serait passible de l'action en garantie formée par l'acheteur évincé par un tiers.

Henrys a même soutenu qu'il pouvait revendiquer sa chose pour le tout, à la charge de payer sa part dans les dédommagements qui seraient alors dus à l'acheteur; mais en ce point il est combattu par Pothier, qui dit dans son Contrat *de vente*, nº 175, qu'une telle décision est contraire aux principes, attendu que l'héritier ne peut pas faire, dans les limites de sa part héréditaire, ce que n'aurait pu faire le défunt qui serait devenu propriétaire de la chose vendue depuis la vente. Or celui-ci n'eût pu revendiquer : il eût été repoussé par l'exception *rei venditæ et traditæ*.

En laissant de côté cette dissidence entre Pothier et Henrys sur ce point particulier, nous dirons que l'opinion de ces auteurs sur la question posée d'abord est infiniment plus juste que l'opinion de ceux qui veulent que l'exception de garantie soit indivisible dans ses effets entre les divers héritiers du vendeur qui a vendu et livré la chose de l'un d'eux sans sa participation. La vente de la chose d'autrui ne confère point la propriété; elle peut seulement donner lieu aux dommages-intérêts, et chaque héritier, le propriétaire de la chose comme les autres, en est seulement tenu pour sa part; et dès que le détenteur de l'objet compense, par voie de retenue, une partie de cette chose avec celle dont l'héritier serait tenu dans ces mêmes dommages-intérêts, il nous semble que c'est tout ce qu'il peut raisonnablement prétendre à l'égard de cet héritier.

Toutefois la cour de Caen a jugé contrairement à cette opinion, le 8 décembre 1808, et sa décision a été confirmée par la cour de cassation, section civile, par arrêt du 19 fé-

(1) *Voyez* la loi *Si non sortem*, 26, §§ 13 et 14, ff. *de Condict. indebiti.*

vrier 1811 (1). Voici dans quelle espèce.

Le sieur Dubourg ayant été déporté comme prêtre, par application des lois de la révolution, ses trois sœurs furent envoyées en possession de ses biens par un acte de l'administration.

Il rentre en France, et ses sœurs les lui restituent.

Le 28 floréal an XI il vendit ces mêmes biens aux époux Sajan. L'une des trois sœurs, Catherine, était décédée; une autre, Jeanne, figura dans l'acte de vente en qualité de covenderesse, et en s'engageant solidairement à la garantie envers les acquéreurs.

Jeanne étant ensuite décédée, sa succession fut recueillie pour moitié par la dame Levergeois, la troisième sœur, et par une autre personne.

La dame Levergeois attaqua les acquéreurs. Elle soutint qu'en vertu de l'arrêté du gouvernement de brumaire an II, elle était propriétaire du tiers des biens de son frère; qu'elle avait eu tort de lui en rendre la possession; et par conséquent que celui-ci n'avait pu les vendre avec effet.

On voit que cette prétention était bien peu digne de faveur, puisqu'elle n'était fondée que sur des lois de rigueur qui avaient fait encourir à M. Dubourg la confiscation; aussi eût-on pu opposer à la dame Levergeois l'exception tirée de ce qu'elle n'avait fait que remplir une obligation naturelle en restituant à son frère des biens dont il avait été injustement dépouillé, et, dès lors, soutenir qu'il avait pu les vendre avec effet.

Mais au lieu de cette exception, les époux Sajan en opposèrent une autre: ils dirent que Jeanne Dubourg ayant vendu solidairement avec son frère, et la dame Levergeois étant son héritière, celle-ci était non recevable à les attaquer.

La dame Levergeois répondait qu'elle n'était héritière de Jeanne Dubourg que pour partie seulement, tandis qu'elle demandait la nullité de la vente pour le tout.

Un jugement de première instance déclara la vente nulle pour le tout, sous le prétexte de l'indivisibilité de l'acte.

Appel interjeté à la cour de Caen, cette cour réforma et rejeta, au contraire, pour le tout la prétention de la dame Levergeois, à cause de l'indivisibilité de l'exception de garantie. La cour a motivé sa décision sur la loi 1re, § 1, et sur la loi 3, § 1, ff. *de Exceptione rei venditæ*, citées ci-dessus sur le cas où l'héritier propriétaire de la chose vendue est héritier unique du vendeur.

Quant à la loi 14, au Code, *de Rei vindicatione*, il ne paraît pas que le défenseur de la dame Levergeois la connût, car il ne l'a point invoquée.

Pourvoi en cassation pour violation des articles 870 et 873 (2) du Code civil. Après un arrêt d'admission, le pourvoi a fini par être rejeté, en ces termes:

« La cour, sur les conclusions de M. Giraud, « avocat général, et après un délibéré en la « chambre du conseil, attendu que les arti- « cles 870 et 873 du Code civil ne statuent que « sur la divisibilité des actions à exercer contre « les héritiers, à raison des dettes et charges « de la succession;

« Que, dans l'espèce, il ne s'agit nullement « d'une action exercée contre les héritiers, mais, « au contraire, d'une exception opposée à l'ac- « tion exercée par l'héritier contre l'acquéreur « du sieur Dubourg, décédé;

« Que la demoiselle Dubourg, ex-religieuse, « dont la demanderesse est héritière, avait vendu « conjointement avec le prêtre Dubourg, son « frère, et s'était obligée, solidairement avec « lui, à garantir l'acquéreur de tout trouble et « éviction;

« Que, sans violer les articles 870 et 873 du « Code, *on a pu voir dans cette stipulation l'in- « tention des parties que la garantie fût indivi- « sible*, qu'elle couvrît le tout et chaque partie « de la chose aliénée, et que cette manière de « voir est même autorisée par le § 3 de l'arti- « cle 1221 du Code civil; rejette. »

Il n'est pas besoin de faire remarquer combien les *considérants* de cet arrêt sont équivoques sur le véritable point de la question, savoir: si l'héritier pour partie seulement est garant pour le tout lorsqu'il est demandeur en revendication? si l'exception de garantie a des effets plus étendus que ceux de l'action en garantie? Il résulte seulement de ces considérants, et surtout du dernier,

(1) *Voyez* les arrêts dans le *Recueil de jurisprudence du Code civil*, tome XVI, page 252.

(2) Code de Hollande, art. 1146 et 1147.

que la cour de Caen *a pu voir* un droit indivisible pour l'acheteur dans la garantie qui lui était due. Mais s'ensuit-il que ce droit soit réellement indivisible dans ses effets? S'il en était ainsi, toutes les obligations réputées indivisibles d'après l'article 1218, et réputées divisibles d'après l'article 1221, n° 5, combiné avec l'art. 1220, seraient pareillement indivisibles dans leurs effets ; et cependant, même à l'égard des obligations indivisibles d'une manière absolue, celles de l'article 1217, l'indivisibilité cesse quant à la condamnation, si l'héritier attaqué pour le tout met en cause ses cohéritiers, et s'il n'est pas d'ailleurs le seul qui puisse exécuter l'obligation du défunt (article 1225), c'est-à-dire, s'il n'est pas le seul qui, à raison de sa qualité d'héritier, puisse seul exécuter (1). Or, ce ne serait point *propter hæreditatem* que l'héritier propriétaire de la chose vendue par le défunt exécuterait l'engagement de celui-ci en ne réclamant pas sa chose, ce serait comme propriétaire. Nous ne saurions donc nous ranger à cette décision ; il y aurait même à examiner si l'opinion de Henrys, qui pensait que l'héritier pouvait retirer toute la chose en payant sa part des dommages-intérêts, ne serait pas plus juste ; mais ce n'est point le lieu de traiter cette question.

266. L'article 1219 porte que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.

La solidarité résultant d'une disposition spéciale de la loi ne donne pas non plus ce caractère à l'obligation.

En sens inverse, l'indivisibilité de l'obligation ne la rend point solidaire, ni entre les divers débiteurs ou créanciers, ni entre les héritiers. Signalons les principales différences entre les obligations solidaires et les obligations indivisibles.

1° L'obligation solidaire entre les débiteurs se divise entre les héritiers de chacun d'eux comme si leur auteur respectif eût été seul obligé, de manière que le créancier ne peut poursuivre par action personnelle chacun des héritiers du même débiteur, si ce n'est pour sa part héréditaire dans le total de la dette ; car suivant la disposition de l'art. 1220, chacun d'eux ne doit que sa part.

Tandis que dans les cas où l'obligation est indivisible, chacun des héritiers doit le tout, parce qu'il ne peut devoir une partie d'une chose qui n'est pas susceptible de parties : d'où il suit que chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout. Mais comme ce n'est qu'à raison de la nature de la chose ou du fait qui est la matière de l'obligation que chaque héritier doit le tout, et peut être poursuivi pour le tout, il s'ensuit que si celui qui est attaqué n'est pas le seul qui puisse (2) exécuter l'engagement, et qu'il faille en venir aux dommages-intérêts, alors ces dommages-intérêts, comme très-divisibles, doivent être divisés entre l'héritier poursuivi et ses cohéritiers, s'il a usé de la faculté que lui donne l'art. 1225, de les mettre en cause. Telle était la décision de Dumoulin (3), qui se fondait sur la loi 11, § 25, ff. *de Legatis* 3°, et celle de Pothier (4).

C'est d'ailleurs ce qui résulte clairement de cet article 1225, puisque l'héritier attaqué seul ne doit être condamné seul que dans le cas où la dette serait de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui ; dans le cas contraire, les autres héritiers mis en cause doivent donc aussi être condamnés ; et ici la condamnation ne saurait être prononcée contre tous solidairement, puisqu'alors la faculté accordée à l'héritier attaqué, de les mettre en cause, serait insignifiante, obligé qu'il serait aussi d'acquitter toute la dette par l'effet de cette condamnation solidaire. Mais nulle part la loi n'établit la solidarité proprement dite entre les héritiers. Cette interprétation de l'article 1225 n'a d'ailleurs jamais fait de doute, ainsi qu'on peut s'en convaincre par ce que dit encore Pothier au numéro 304 de son Traité *des Obligations*.

Au surplus, nous ne parlons en ce moment que des cas où l'indivisibilité de la dette est absolue, sans rien préjuger quant à ceux prévus aux articles 1218 et 1221 n° 5, dont nous traiterons plus spécialement tout à l'heure, en analysant les effets des obligations divisibles.

2° Ce que nous venons de dire à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette indivisible s'ap-

(1) *Voir* la loi 86, § 3, ff. *de Legat.* 1° ; et Pothier, n° 303 de son Traité *des Obligations*.

(2) En sa qualité d'héritier. Nous reviendrons au surplus sur ce point.

(3) *Tract. de Divid. et individ.* § 2, n° 469, et § 3 n° 90, et 104.

(4) *Des Obligations*, n° 330.

plique également aux cas où il y a plusieurs débiteurs d'une dette de cette nature : celui d'entre eux qui est poursuivi a pareillement le droit de demander un délai pour mettre ses codébiteurs en cause, afin que la condamnation aux dommages-intérêts soit divisée entre eux et lui, à moins que l'obligation ne fût de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui. L'article 1225 s'applique en effet au cas prévu par l'art. 1222, comme au cas prévu par l'article 1223; les raisons sont absolument les mêmes.

Au lieu que dans l'obligation contractée solidairement par plusieurs débiteurs, cette faculté de mettre en cause les codébiteurs pour faire diviser la condamnation, n'existe pas. Chacun d'eux doit le tout par sa promesse ou par la disposition de la loi, et il doit, en conséquence, être condamné pour le tout. La mise en cause des codébiteurs ne pourrait avoir lieu que pour faire statuer sur le recours en garantie, suivant ce qui a été dit *supra* nº 215.

3º Dans l'obligation solidaire entre débiteurs, si le corps certain et déterminé qui fait la matière de l'engagement vient à périr par le fait de l'un des obligés, ou depuis que l'un d'eux a été mis en demeure, les autres, à la vérité, ne sont pas tenus des dommages-intérêts qui pourraient être dus au créancier en sus du prix de la chose, mais ils doivent encore le prix de cette chose. (Article 1205.)

Au lieu que, dans l'obligation indivisible, ceux qui ne sont point en faute ni en demeure sont libérés entièrement par la perte du corps certain arrivée même par la faute ou depuis la mise en demeure de l'un ou de plusieurs des coobligés ou cohéritiers; car ce fait de leur coobligé ou cohéritier est par rapport à eux le fait d'un étranger, par conséquent un cas fortuit, et il ouvre en leur faveur le moyen de libération de l'article 1302. La différence tient à ce que dans les obligations solidaires, il y a, par rapport aux personnes, autant d'obligations du total qu'il y a d'obligés, et chacun d'eux garantit, sinon en ce qui concerne les dommages-intérêts, au moins en ce qui concerne la chose elle-même, la faute ou la demeure de son codébiteur. Mais cela n'a pas lieu dans les obligations simplement indivisibles, où chacun des débiteurs ne doit que pour lui, et dans lesquelles il ne devrait que sa part si la chose due était susceptible de parties; sauf toutefois ce que nous dirons en parlant de la clause pénale.

Mais comme les obligations solidaires se divisent entre les héritiers de chacun des débiteurs, il résulte de là que quand même la chose due aurait péri par la faute de l'un de ces héritiers, ou depuis sa mise en demeure, ses cohéritiers n'en seraient pas moins libérés; car ils ne garantissaient point ces faits, qui, par rapport à eux, sont comme les faits d'un étranger : ils sont seulement responsables des faits du défunt, et chacun dans la proportion de la part pour laquelle il lui a succédé (1). C'est ce que nous avons déjà dit en parlant de la solidarité entre les débiteurs.

4º Dans les obligations solidaires, la prescription interrompue vis-à-vis de l'un des débiteurs ou contre l'héritier unique de l'un d'eux, ou enfin contre tous les héritiers de ce débiteur, est bien également censée interrompue contre tous les autres codébiteurs et contre leurs héritiers respectifs (art. 1206 et 2249), parce qu'alors la dette a été conservée en totalité; mais si la prescription n'a été interrompue que vis-à-vis seulement de l'un ou plusieurs des héritiers de l'un des codébiteurs, la portion seulement de cet héritier dans la totalité de la dette a été conservée : en conséquence, ceux contre lesquels la prescription n'a point été interrompue ont prescrit leur part, et la portion réservée n'est plus due que par celui qui n'a point prescrit et par les autres codébiteurs, mais elle l'est toutefois encore solidairement.

Au contraire, dans les obligations indivisibles, la prescription interrompue même à l'égard d'un seul des héritiers du débiteur ou de l'un des débiteurs, est interrompue à l'égard de tous les autres héritiers (art 2249), ou débiteurs, attendu qu'elle ne saurait l'être pour partie seulement dans une chose qui n'est pas susceptible de parties. (Art. 709 et 710 par argument.)

267. Ici se place la question de savoir si cet article 2249, dans ces expressions, *à moins que la dette ne soit indivisible*, s'applique aussi aux cas où la dette n'est nidivisible que parce que la chose promise ne serait pas susceptible de division sans destruction de la substance de cette

(1) Pothier, nº 306.

chose, ou à raison de l'intention des contractants.

Il nous paraît certain que l'obligation de livrer ou de restituer un objet même non susceptible de division matérielle sans destruction de sa substance, tel qu'un cheval dû par exemple à raison d'une vente, d'un prêt à usage ou d'un dépôt, n'est point une obligation indivisible dans le sens de l'article 2249, nonobstant la dénomination d'*indivisible* donnée en pareil cas à la chose déposée, par l'art. 1939 (1), et à plus forte raison lorsque la chose divisible matériellement sans destruction de sa substance, n'était indivisible que parce que les parties avaient, en contractant, considéré l'obligation comme n'étant pas susceptible d'exécution partielle, à cause de certaine circonstance particulière, tel que le cas d'un terrain pour y faire une certaine construction, ou même d'une somme pour tirer un débiteur de prison. D'où il suit, 1° que, dans ces sortes d'obligations, la prescription interrompue à l'égard de l'un des débiteurs du corps certain qui faisait la matière de la dette, ou à l'égard de l'un des héritiers du débiteur ou de l'un des débiteurs, est bien interrompue pour le tout par rapport à celui qui était alors détenteur de l'objet; mais 2°, qu'elle ne l'est pas pour cela à l'égard des autres débiteurs, ou à l'égard des autres héritiers; et 3°, si celui contre lequel la prescription a été interrompue n'était point alors détenteur de la chose, elle n'a été interrompue que pour sa part dans la dette, et uniquement pour cette part.

En effet, chacun d'eux ne devait que sa part dans la dette, et le détenteur, la totalité, en raison de sa qualité de détenteur; celui-ci pouvait bien être poursuivi pour le tout, mais les autres ne pouvaient l'être que pour leur part seulement (art. 1221-2° et dernier alinéa) : donc la prescription a dû s'opérer à leur profit si cette même part n'a point été utilement conservée. La loi 3, § 3, ff. *Commodati vel contra*, dit positivement que les héritiers du commodataire ne sont régulièrement tenus de l'obligation de leur auteur, de restituer la chose prêtée, que pour la part seulement dont ils sont héritiers, ce qui est le caractère distinctif des obligations divisibles : *Hæres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua hæres est, convenitur : nisi forte habuit facultatem totius restituendæ, nec faciat ; tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.*

C'est absolument la disposition de l'art. 1221 du Code civil, qui d'ailleurs considère positivement cette obligation comme *divisibile ;* et c'est aussi ce que décide Pothier (n° 296), d'après Dumoulin.

La loi 7, § 1, ff. *Depositi vel contra* (2), dit pareillement, en matière de dépôt, que les héritiers du dépositaire ne sont tenus de ses faits que pour leur part héréditaire; ce qui prouve que l'obligation qui naît du dépôt se divise aussi entre les héritiers, quoique la chose déposée fût un corps indivisible, par exemple un tableau ; sauf que celui qui aurait fait périr la chose ou qui en serait détenteur, pourrait être poursuivi pour le tout et condamné pour le tout. Le dépôt d'un corps certain, tel qu'un cheval, un tableau, un bassin, ne produit réellement une obligation indivisible que relativement à la restitution de la chose, qui ne peut, il est vrai, se faire par parties, mais ce qui n'empêche pas que l'obligation ne se divise *jure* entre les héritiers. C'est l'*individuum obligatione tantum* de Dumoulin, que l'art. 1221 considère comme un cas d'obligation divisible, et qui n'est envisagé, dans l'art. 1939 (3) comme indivisible, que sous le rapport de cette restitution. Ce n'est point, en effet, l'indivisibilité absolue, celle définie par l'art. 1217, la seule véritable, et à laquelle seulement s'applique l'art. 2249, du moins selon notre opinion, conforme au surplus à la doctrine des auteurs qui ont le plus approfondi la matière, tels que Dumoulin et Pothier.

Ce dernier s'exprime ainsi dans son Traité *des Obligations*, n° 647 : « Si le droit dû à plusieurs est divisible *natura aut saltem intellectu*, « comme la créance d'un certain héritage, et « que le créancier meure laissant plusieurs héritiers, les uns majeurs, les autres mineurs, la « minorité de ces derniers, pendant laquelle le « cours de la prescription est suspendu, n'empêchera pas la prescription de courir contre « les majeurs. Il en est autrement dans le cas « d'*un droit de servitude.* »

(1) *Voyez supra*, n° 237.

(2) Même décision dans la loi 18 au même titre.

(3) Code de Hollande, art. 1738.

Or, ce que dit Pothier, que, dans le cas d'une créance divisible *natura aut saltem intellectu*, ceux des héritiers du créancier qui n'auront pas interrompu la prescription auront perdu leur droit, s'applique également en sens inverse, c'est-à-dire, que ceux des héritiers du débiteur contre lesquels la prescription n'aura point été interrompue seront libérés. Le principe est le même ; c'est toujours une obligation divisible *jure inter cohæredes*, quoique la délivrance, remise ou restitution de l'objet soit indivisible, à raison de l'impossibilité de diviser la chose sans en détruire la substance, Mais quant à la prescription, nous ne considérons que le *droit* dans la chose ; or ce droit est divisible, puisqu'il peut appartenir à plusieurs pour des parts même inégales : donc on en conçoit la division par l'entendement ; donc l'art. 1217 le repousse du nombre des choses à proprement parler indivisibles, suivant la définition qu'il donne de l'indivisibilité.

§ II.

Des effets de l'obligation divisible.

SOMMAIRE.

268. *Entre le créancier et le débiteur, l'obligation doit être exécutée comme si elle était indivisible.*
269. *Mais l'obligation se divise de plein droit entre leurs héritiers, lesquels ne peuvent en demander le payement, ou ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis comme représentants de l'un ou de l'autre.*
270. *Le Code a suivi en cela les principes du droit romain, adoptés aussi, en général, dans l'ancienne jurisprudence française.*
271. *Objections faites contre ce système, et réponse aux objections.*
272. *L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ne modifie point l'application du principe.*
273. *Exemple de la division entre les héritiers du créancier et entre ceux du débiteur, par suite de la mort de l'un et de l'autre.*
274. *On évite ordinairement ce morcellement par les actes de partage, mais c'est sans préjudice du droit des tiers. On opère seulement par là des cessions d'action, ou des mandats de payer; conséquences.*
275. *Si la réunion, dans la même main, des parts de la dette ou de la créance, fait cesser la faculté de la payer par parties, ou d'en exiger le payement sans division; et quel serait l'effet de la solution affirmative.*
276. *Exceptions que souffre, entre les héritiers du débiteur, le principe de la division : texte de l'art. 1221.*
277. Première exception : lorsque la dette est hypothécaire. *Explication des effets généraux de l'hypothèque par rapport aux héritiers détenteurs d'immeubles affectés à la dette.*
278. *Recours de l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part dans la dette.*
279. *La portion des insolvables, dans la dette hypothécaire, se répartit sur tous ceux qui sont solvables, au marc le franc.*
280. *Les mêmes principes sont applicables au cas où la dette était garantie par un gage proprement dit.*
281. Deuxième exception : lorsque la dette est d'un corps certain. *L'héritier détenteur peut être poursuivi pour le tout, et les autres pour leur part héréditaire dans les dommages-intérêts, s'il en était dû.*
282. *Différentes causes d'après lesquelles le défunt pouvait être poursuivi à raison d'un corps certain.*
283. *Cas où il en était simplement possesseur.*
284. *Cas où il l'avait reçu en dépôt, à prêt, à usage ou autre titre précaire.*
285. *Et cas enfin où il en était débiteur par vente ou autre promesse.*
286. *Lorsque la dette est d'un objet indéterminé, le cas rentre dans ceux compris dans la cinquième exception ci-dessous.*
287. *Si elle est d'un certain nombre de choses de la même espèce, la division, en général, a lieu numéralement; conséquence.*
288. *Chacun des héritiers du créancier d'un corps certain ne peut, avant le partage, demander que sa part dans l'objet; après le partage, l'action, dans notre droit, a lieu pour le tout au profit de celui auquel l'objet est échu.*
289. Troisième exception : lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible; *insignifiance et même vice de cette disposition telle qu'elle est conçue.*
290. *Le cas d'obligation alternative de choses même divisibles, et au choix du débiteur, est la véritable exception au principe que l'obliga-*

tion divisible peut s'acquitter par parties : divers exemples.

291. Quatrième exception : lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation. *L'héritier, d'après le Code, peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre les cohéritiers.*

292. *Un testateur peut charger un seul de ses héritiers d'acquitter tel ou tel legs; effets de cette disposition.*

293. *Il peut aussi charger l'un de ses héritiers d'acquitter telle dette; effets de cette charge.*

294. *Un débiteur peut aussi, en s'obligeant, charger l'un de ses futurs héritiers d'exécuter l'obligation.*

295. *Mais il ne peut l'en charger sans recours contre les cohéritiers, s'il n'emploie la forme des testaments.*

296. *Droit romain et ancienne jurisprudence sur l'effet de la convention par laquelle le débiteur charge l'un de ses héritiers d'acquitter la dette pour une plus forte part que sa portion héréditaire.*

297. *Quel est cet effet sous le Code civil: discussion.*

298. Cinquième exception : lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement; *dans ces cas, chacun des héritiers, dit le Code, peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours.*

299. *Contrariété de cette disposition avec d'autres, dans les effets, tels qu'ils sont déduits par le Code lui-même; différents cas.*

300. *Suite de la difficulté de la concilier avec les art. 1217 et 1225 combinés.*

301. *Solution, selon l'opinion de l'auteur.*

268. Entre le créancier et le débiteur, l'obligation, quoique susceptible de division, doit être exécutée comme si elle était indivisible (article 1220); sauf que si la dette est payable en différents temps, on suit la convention; car alors il y a, pour ainsi dire, autant de dettes qu'il y a de payements à faire; aussi, la prescription courrait-elle à compter de l'échéance de chaque terme pour ce qui serait alors exigible.

269. Mais à l'égard des héritiers, soit du créancier, soit du débiteur, l'obligation divisible se divise de plein droit entre eux, ainsi que nous avons déjà eu plusieurs fois occasion de le démontrer, notamment au titre *des Successions,* en traitant du payement des dettes, tome VII, chap. VI, sect. 4. En sorte qu'en principe, chacun des héritiers du créancier ne peut demander le payement de la créance que pour la part dont il est saisi comme représentant du défunt, et chacun des héritiers du débiteur ne peut être poursuivi pour le payement de la dette, que pour sa part héréditaire.

Les légataires universels ou à titre universel sont également tenus des dettes, ainsi que les donataires de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès; mais ce qui concerne les uns et les autres ayant été expliqué sous les titres *des Successions* et *des Donations et des testaments,* nous ne reviendrons pas sur ce point. Nous parlerons, comme l'art. 1220 et suivant, de la division des dettes entre les *héritiers :* ce mot est pris ici *lato sensu,* pour signifier les successeurs à titre universel.

270. Le Code civil a suivi le système du droit romain, tel qu'il fut établi par la loi des douze tables (1), parce qu'il a paru juste que celui qui ne succède que pour une partie, soit au créancier, soit au débiteur, ne soit censé le représenter, pour exercer ses droits contre les tiers, ou pour payer ses dettes, que pour une part proportionnée à celle qu'il prend dans son hérédité.

L'on suivait aussi généralement ce système dans nos pays coutumiers, à l'exception toutefois de quelques coutumes, telles que celles de Normandie, de l'Artois et d'Amiens, où les héritiers étaient tenus solidairement des dettes du défunt, même en matière purement personnelle (2), sauf les effets du bénéfice d'inventaire et sauf le recours. Mais dans la coutume de Paris (art. 332), dont la disposition sur ce point formait le droit commun de la France, on observait exactement la règle du droit romain touchant la division des dettes entre les héritiers du débiteur ; en sorte que l'insolvabilité de l'un d'eux n'était point sup-

(1) *Voyez* la loi 25, § 13, ff. *Familiæ erciscundæ;* L. 6, Cod. *eod. tit.;* LL. 1 et 2, Cod. *Si unus ex plurib. hæred.;* L. 1, Cod. *Si certum petat.;* L. 2, Cod. *de Hæred. act.*

(2) *Voyez* Denizart, v° *Action.*

portée par les autres, comme cela a lieu dans le cas où la dette est solidaire entre plusieurs débiteurs, et comme cela a lieu aussi entre les héritiers eux-mêmes par l'effet de l'hypothèque (article 876) (1); elle était supportée par le créancier.

271. On a souvent attaqué ce système, comme contraire aux droits des créanciers, en ce qu'il les oblige à multiplier leurs demandes, à recevoir des payements partiels, et surtout en ce qu'il les expose à des pertes dans le cas où tel ou tel des héritiers du débiteur devient insolvable. L'on a dit que dans ce cas, les autres héritiers, outre leur part dans la dette, devraient être tenus aussi de payer celle du cohéritier insolvable, jusqu'à concurrence du moins de ce qu'il leur reste des biens du défunt, attendu que celui-ci n'a rien pu leur transmettre tant qu'il n'était point libéré, suivant l'axiome : *Bona non intelliguntur nisi œre alieno deducto*. Car celui qui laisse 40,000 fr. de biens, par exemple, mais 20,000 fr. de dettes, ne laisse en réalité que 20,000 fr.; et cependant, au moyen du partage des biens et de la division des dettes, s'il y a quatre héritiers et que l'un d'eux devienne insolvable avant d'avoir payé sa part, 5,000 fr. seront perdus pour les créanciers (2), tandis que les autres héritiers auront encore 15,000 fr. des biens du défunt, déduction faite des 15,000 fr. de dettes qu'ils ont supportés. Or, a-t-on dit, le défunt eût été tenu de payer la totalité de ses obligations sur tous ses biens quelconques, présents et à venir (article 2092) (3), et sa mort n'a point dû nuire à ses créanciers; cependant elle leur nuit évidemment.

Mais on peut répondre que, indépendamment de ce que ceux-ci, dans les obligations conventionnelles, pouvaient chercher une sûreté dans un gage, une hypothèque, ou une caution, les lois elles-mêmes ont veillé à leurs intérêts, en leur donnant le droit de demander la séparation du patrimoine de leur débiteur d'avec celui de l'héritier dont ils suspectent la solvabilité (article 878) (4), afin d'empêcher par là le concours, avec eux, sur les biens de la succession, des créanciers personnels de cet héritier. Ils peuvent arrêter sa part dans les objets de l'hérédité, et pour cela, former opposition à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence. (Art. 882) (5). Et d'après l'art. 2111 (6) du Code civil, ils ont, au moyen de la séparation des patrimoines, un privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions prises sur chacun de ces immeubles dans les six mois du décès; privilége dont l'effet indivisible sera, si lesdits immeubles sont suffisants, de faire retomber entièrement sur ceux qui en seront détenteurs, la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des cohéritiers, comme dans le cas où la dette est hypothécaire. (Art. 876) (7). Car si, d'après l'art. 1017 (8), les héritiers ou autres débiteurs d'un legs en sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs (9), à plus forte raison en doit-il être ainsi quant aux dettes. D'ailleurs, cet art. 2111 autorise positivement les créanciers ainsi que les légataires à s'inscrire sur *chacun* des immeubles de l'hérédité; et le partage qui a lieu ensuite ne peut avoir pour résultat d'affranchir, dans les mains de tel ou tel héritier au lot duquel il est échu des immeubles et qui a payé sa part dans la dette, ces mêmes immeubles de l'hypothèque dont ils sont affectés aussi pour la part du cohéritier dans cette dette, puisqu'elle est toujours une dette du défunt. Autre chose serait si c'était pour la dette personnelle de l'héritier qu'ils en fussent affectés, alors l'art. 883 protégerait le cohéritier auquel ils sont échus par le partage.

Au moyen donc des diverses sûretés que les créanciers pouvaient demander au débiteur, et de celles que la loi elle-même leur a données, s'ils éprouvent des pertes, ce sera généralement par suite de leur faute. La division des dettes, ainsi dégagée de l'inconvénient qui vient d'être objecté, et qui est le plus grave qu'on puisse reprocher à ce système, ne présente plus qu'un

(1) Code de Hollande, art. 1159.
(2) *Voyez* tome VII, nos 444 et suivants.
(3) Code de Hollande, art. 1177.
(4) Ibid., art. 1153.
(5) Ibid., art. 1154.
(6) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(7) Code de Hollande, art. 1159.
(8) Ibid., art. 1009, 1146 et 1147.
(9) *Voyez* tome IX, nos 384 et suivants.

principe juste et raisonnable, attendu que celui qui ne recueille qu'une portion des biens ne doit supporter aussi qu'une portion correspondante des dettes, car ce n'est que cette partie seulement qui diminue la première.

272. L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire par quelques-uns des héritiers du débiteur ou du créancier, ou par tous, ne modifie en rien le principe; d'où il suit que l'un des héritiers du débiteur qui a accepté bénéficiairement et qui a payé ou qui offre de payer sa part dans les dettes, ne peut être tenu de payer aussi celles de son cohéritier jusqu'à concurrence de ce qui lui reste des biens de la succession; en conséquence, il ne peut être contraint par les créanciers de leur rendre compte de l'inventaire. C'est ce qu'a jugé avec raison la cour suprême, par arrêt de cassation, le 22 juillet 1811 (Sirey, 12, I, 305), que nous avons déjà cité au tome VII, nº 41. En effet, le bénéfice d'inventaire étant tout entier en faveur de l'héritier qui en use, il ne doit faire aucun préjudice au principe de la division des dettes, établi aussi en faveur des héritiers en général.

273. Ainsi, en supposant une obligation de 16,000 francs, si le créancier laisse quatre héritiers par égales portions, chacun d'eux succède à la créance pour 4,000 francs; et si le débiteur meurt ensuite sans l'avoir acquittée, et en laissant aussi quatre héritiers par égales portions, chacun d'eux est débiteur de 4,000 francs: et il doit ces 4,000 francs aux quatre héritiers du créancier, c'est-à-dire à chacun 1,000 francs; en sorte que la dette se trouve maintenant divisée en seize parties (1).

274. On évite ordinairement, par les partages ou autres conventions, ce morcellement des dettes et des créances, qui n'est pas sans incommodité, comme dit la loi 3, ff. *Familiæ erciscundæ*. On convient que tel des héritiers payera la totalité de telle dette, et tel autre héritier la totalité de telle autre dette. On attribue au lot de l'un des héritiers telle créance, et l'on assigne une autre créance de même valeur ou à peu près à un autre héritier. C'est même en vue d'éviter ce morcellement des créances de la succession, que l'art. 832 dit que, dans la composition des lots, il convient de faire entrer, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de *droits ou créances* de même nature et valeur. Mais ces assignations et attributions ne font point préjudice aux droits alors acquis aux tiers, et résultant de la division légale des dettes et des créances entre les héritiers du débiteur ou du créancier; elles n'opèrent que des mandats de payer ou des cessions d'action, ainsi que le dit positivement cette même loi, que nous avons déjà eu plusieurs fois occasion de citer sur ce point (2). D'où il suit que, nonobstant tous arrangements intervenus dans le partage, ou autre acte, qui chargeraient l'un des héritiers du débiteur d'acquitter telle dette en totalité, le créancier n'en pourra pas moins demander aux autres leur part dans cette dette; car cet arrangement est à son égard *res inter alios acta, quæ aliis nec novet nec prodest*. Et, *vice versa*, si le débiteur de la succession se trouvait en même temps créancier de l'un des héritiers, et que par des arrangements intervenus ensuite entre ceux-ci la totalité de la créance fût attribuée à un autre héritier, ce débiteur ne pourrait pas moins opposer à ce dernier la compensation qu'il eût pu opposer à son propre débiteur, pour la part de celui-ci dans la créance. Le cohéritier ne serait en effet qu'un cessionnaire de la part de l'autre dans cette même créance; or, d'après l'art. 1295 (3), la cession qui n'a point été acceptée n'empêche pas d'opposer au cessionnaire la compensation du chef du cédant, pour les causes antérieures à la notification de la cession. Nous l'avons même décidé ainsi (4) pour le cas aussi où l'attribution a eu lieu par l'acte même de partage de la succession, et les dispositions des art. 832 et 883 combinées ne sont point contraires à cette décision; car le dernier de ces articles, tout en disant que chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les *effets* compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la *propriété* des autres effets de la succession, n'entend par-

(1) Pothier, *des Obligations*, nº 318.
(2) Au tome VII, nºs 163, 429 et 519; et tome X, nº 537.
(3) Code de Hollande, art. 1467.
(4) Aux endroits ci-dessus cités.

ler que de ce qui est l'objet d'un partage opéré par le fait de l'homme, et non de ce qui est partagé par la loi elle-même dès l'instant de la mort du créancier. Cette division légale une fois opérée, il peut bien intervenir des arrangements entre les héritiers par leur partage ou par un autre acte, mais c'est pour leur commodité particulière, et sans préjudice des droits des tiers tels qu'ils se trouvaient au moment où ces arrangements ont eu lieu. L'article 883 statue sur les corps héréditaires, et non sur les créances. Les motifs sur lesquels cet article est fondé, et que nous avons expliqués en leur lieu, sont d'ailleurs étrangers aux créances. Or celle dont il s'agit s'étant divisée de plein droit entre les héritiers du créancier, la part qui en appartenait à l'un d'eux, débiteur de son côté envers le débiteur de l'hérédité, a été éteinte de plein droit aussi par la compensation (art. 1290) (1) ; par conséquent on n'a pu faire revivre cette part éteinte , soit par un acte de partage, soit par un autre acte. *Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet,* dit la loi précitée, *ut debita et credita singulis pro solido aliis alia attribuat, quia sæpe et solutio et executio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet hæc attributio illlud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur; sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat ; sive cum eo agatur, partim suo , partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt*... Et puisque, dans notre législation comme dans la législation romaine, les créances et les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers du créancier ou du débiteur en proportion de leurs parts héréditaires (art. 1220), le résultat doit être le même , nonobstant l'art. 883, qui , encore une fois, ne s'applique qu'à ce qui est l'objet des partages, et non aux créances et aux dettes, qui sont partagées par la loi elle-même : *Ea quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hæreditarias ex lege XII tabularum divisa sunt* (2). L. 6, Cod. *Famil. ercisc.* Le système contraire donnerait d'ailleurs lieu à des fraudes.

275. Toutefois Pothier (3) dit, d'après Dumoulin, que la réunion des portions des héritiers du créancier en une seule main , comme lorsque l'un d'eux devient héritier de tous les autres , ou lorsqu'il se rend cessionnaire de leurs parts, fait cesser le droit, pour le débiteur, de payer la dette par parties ; et que la réunion des portions des héritiers du débiteur dans la personne de l'un d'eux qui a succédé à tous les autres, fait également cesser, dans cet héritier, la faculté de payer la dette par parties, à moins qu'il n'ait accepté les successions des prédécédés que sous bénéfice d'inventaire ; qu'à la vérité il en est autrement , dans les deux cas , lorsque l'obligation était originairement contractée au profit de plusieurs ou par plusieurs, sans solidarité, parce qu'alors il y a autant de créances ou de dettes qu'il y a de personnes qui ont stipulé ou qui ont promis ; tandis que suivant lui, une créance ou une dette divisée entre des héritiers n'est toujours qu'une même créance ou une même dette (4). La division opérée entre les héritiers du créancier , dit-il , est toute dans leur intérêt, parce qu'il leur importe de recevoir directement chacun leur part dans la dette, et par conséquent ils peuvent y renoncer ; de même la divisibilité entre les héritiers du débiteur est toute en leur faveur , parce qu'ils ont intérêt à se libérer séparément; mais lorsque ces divers intérêts cessent d'exister , la divisibilité doit cesser également d'avoir lieu, attendu qu'elle n'était point intrinsèque à l'obligation ; elle résultait seulement d'une circonstance qui n'existe plus, la multiplicité des personnes qui avaient droit à l'obligation ou qui étaient tenues de la payer ; or , *cessante causa, cessat effectus.* Du

(1) Code de Hollande , art. 1462.

(2) *Sic autem habebat* Lex XII tabul. : NOMINA INTER HEREDES PRO PORTIONIBUS HÆREDITARIIS ERCTACITA SUNTO : COETERARUM RERUM, SI VOLENT ERCTUMCITUM FACIUNTO : PRÆTOR ADERCTUM CIENDUM, (c'est-à-dire pour partager) ARBITROS TRES DATO. *Tab* 5, *apud Jac. Gothof.*

(3) Nos 319 et suivants. *Voyez* aussi Monvallon , *des Successions* , chap. III , art. 47.

(4) Cet auteur cite à ce sujet la loi 9, ff. *de Pactis ,* où il est dit que, dans un traité à faire avec un débiteur, pour lui accorder remise d'une partie des dettes , ou des délais pour le payement, les créanciers solidaires n'ont qu'une seule voix parce que leur créance n'est que *unum debitum.* Mais cela est bien différent d'une obligation divisée par la loi elle-même entre les divers héritiers du créancier ou du débiteur.

reste, Pothier reconnaît très-bien, dans un autre endroit, que les arrangements intervenus entre les héritiers du débiteur, même dans le partage de la succession, et par lesquels ils mettraient à la charge de l'un d'eux le payement de telle dette, n'empêcheraient point le créancier de poursuivre les autres pour leur portion héréditaire dans cette dette. Cela est tellement évident que toute démonstration serait superflue.

Mais, en admettant ce que dit cet auteur, que la réunion de la part de la dette ou de la créance dans la même main doive faire cesser la faculté de la payer par parties, ou donner le droit d'exiger que le payement en soit fait sans division ; en admettant, disons-nous, que cette doctrine fût fondée sur les vrais principes, elle ne devrait s'appliquer qu'avec ce tempérament : que les droits acquis à des tiers, par l'effet de la division, n'en doivent souffrir aucune atteinte, notamment dans le cas où la compensation s'était opérée entre le débiteur de la succession et l'un des héritiers du créancier, avant que cet héritier eût, par le partage de l'hérédité, ou une cession particulière consentie par ses cohéritiers, *acquis* les parts de ceux-ci dans la créance ; car, dans ce cas, cette créance a été éteinte pour la part de l'héritier débiteur de son côté, et elle l'a été de plein droit : dès lors elle n'a pu revivre au préjudice du débiteur héréditaire.

Nous ferons au surplus remarquer que Pothier raisonne dans l'hypothèse où cette part subsiste encore ; il suppose même que la créance subsiste en son entier. Il ne s'agit, dans la question qu'il discute, que de la manière d'en effectuer le payement. Il est vrai que cet auteur se fonde sur le motif que c'est toujours, selon lui, la même créance, *unum debitum*, et que la division a cessé d'opérer ses effets par la cessation de la cause qui avait amené cette division ; mais il ne faut point conclure de là, et contre notre décision, que l'héritier qui, même par le partage de l'hérédité, ou par un acte particulier de cession, n'a maintenant aucune part dans la créance, n'a souffert par cela même aucune compensation, et par conséquent que son cohéritier à qui elle appartient actuellement en totalité n'est point obligé d'en souffrir de son chef. Nous ne saurions adopter une telle manière de voir. On aura beau dire, la dette a été divisée : elle est devenue autant de dettes qu'il y avait de personnes qui ont succédé au créancier ou au débiteur. La loi 5, ff. *Familiæ erciscundæ* le dit positivement ; et Pothier, en invoquant la loi 9, ff. *de Pactis*, pour prouver le contraire, argumente d'un texte étranger à la question. Personne ne doute, en effet, que les divers créanciers solidaires d'une même obligation ne dussent avoir qu'une seule voix dans un concordat à faire avec le débiteur, parce qu'il n'y a effectivement qu'une dette, *unum debitum* : et c'est uniquement de cela qu'il s'agit dans ce texte. Il n'y a point, en effet, de division dans ce cas ; aussi chacun des créanciers peut-il demander le total. Au contraire, dans l'espèce d'un individu qui a laissé plusieurs héritiers, sa créance s'est divisée entre ces derniers, et chacun d'eux n'y a droit que pour sa part, et ne peut demander que sa part (art. 1220) : il n'est créancier que de cela, mais il est créancier de cela. Il n'y a donc aucune similitude avec le cas de la loi citée par Pothier : aussi nous ne faisons pas le moindre doute que chacun de ces héritiers n'eût un suffrage distinct dans le concordat qui interviendrait avec le débiteur ; et bien certainement il en eût été ainsi dans le droit romain.

Oui, sans doute, c'est dans l'intérêt des héritiers que la loi a voulu que les créances et les dettes se divisent entre eux, lorsqu'elles sont divisibles ; mais une fois ce principe établi, on ne doit point en rejeter les conséquences, au détriment des tiers. Cette division n'est pas une simple faculté dont les héritiers peuvent user ou ne pas user, comme si elle exigeait pour cela une déclaration de leur volonté ; elle est de droit ; ce qui rend inapplicable le principal raisonnement de Pothier. Car, autre chose est une simple faculté, qui a besoin d'une manifestation de la volonté de l'homme pour être exercée, et une disposition positive de la loi qui établit un principe et qui en déduit les conséquences et les effets. Aussi nous n'adoptons même pas l'opinion de cet auteur touchant la cessation, selon lui, du droit pour le débiteur de payer par parties la créance qui se trouve, par succession ou autrement, dans la main d'un seul des héritiers du créancier : il a eu ce droit, et des événements qui lui sont étrangers n'ont pu le lui ravir. Les offres qu'il aurait pu valablement faire hier, pour telle ou telle partie de la dette, il peut les faire

aujourd'hui. Telle est du moins notre opinion, sauf au créancier à le poursuivre pour les autres portions. Cela n'eût pas fait non plus de doute dans le droit romain; aussi les auteurs d'une opinion contraire ne citent-ils à l'appui de leur sentiment qu'un texte que nous avons démontré n'être point applicable à la question, tandis que nous en citons un positif.

276. Voilà pour les cas ordinaires, ceux où la dette se divise, sans modification, entre les héritiers, soit du créancier, soit du débiteur, en proportion de leurs parts héréditaires.

Mais le principe reçoit plusieurs exceptions en ce qui concerne les héritiers du débiteur. Ces exceptions sont renfermées dans l'art. 1221 (1), ainsi conçu :

« Le principe établi dans l'article précédent « reçoit exeption à l'égard des héritiers du débi« teur :

« 1° Dans le cas où la dette est hypothé« caire;

« 2° Lorsqu'elle est d'un corps certain;

« 3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de « choses, au choix du créancier, dont l'une est « indivisible;

« 4° Lorsque l'un des héritiers est chargé « seul, par le titre, de l'exécution de l'obliga« tion;

« 5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de « l'engagement, soit de la chose qui en fait l'ob« jet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le « contrat que l'intention des contractants a été « que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

« Dans les trois premiers cas, l'héritier qui « possède la chose due ou le fonds hypothéqué à « la dette, peut être poursuivi pour le tout sur la « chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le « recours contre ses cohéritiers. Dans le qua« trième cas, l'héritier seul chargé de la dette, « et dans le cinquième cas, chaque héritier peut « aussi être poursuivi pour le tout, sauf son « recours contre ses cohéritiers. »

Analysons chacune de ces exceptions en particulier; mais remarquons auparavant qu'elles ne s'appliquent qu'aux héritiers du débiteur, ainsi que le dit d'ailleurs l'article lui-même. Quant aux héritiers du créancier, le principe de la division de la créance entre eux, tel qu'il est établi par l'art. 1220, reçoit son application même dans ces cas; sauf ce que nous dirons sur celui où la dette est d'un corps certain qui est échu, par le partage de la succession, à l'un ou à plusieurs des héritiers seulement.

PREMIÈRE EXCEPTION : *Lorsque la dette est hypothécaire.*

277. L'hypothèque, de sa nature, est indivisible; elle subsiste en entier sur tous les immeubles qui en sont affectés, sur chacun et sur chaque partie de ces immeubles.

Elle les suit en quelques mains qu'ils passent. (Art. 2114) (2).

De là, tant qu'il reste dû quelque chose de la créance, l'hypothèque subsiste, pour ce reliquat, sur tous les immeubles qui en ont été affectés, à moins toutefois qu'il n'ait été convenu que lorsque la dette serait payée en partie, par exemple pour moitié, tel des immeubles serait affranchi de l'hypothèque; car ce droit n'est pas *essentiellement* indivisible; il est seulement tel de sa *nature*, ce qui permet par conséquent d'en modifier les effets par des conventions particulières.

L'héritier au lot duquel est échu l'immeuble ou les immeubles hypothéqués à la dette, ou une portion quelconque de ces immeubles, et qui en est encore détenteur, peut donc être poursuivi pour le total de l'obligation par l'action hypothécaire; mais, en payant sa part, ou en offrant régulièrement de la payer, il peut s'affranchir de cette action par le délaissement des immeubles grevés (3), parce qu'alors il n'est plus qu'un simple détenteur, et qu'un détenteur non personnellement obligé à la dette, et capable d'ailleurs d'aliéner, peut se libérer de la poursuite hypothécaire par cette voie. (Art. 2172) (4).

Et s'il avait aliéné les immeubles affectés de l'hypothèque, le créancier ne pourrait plus le poursuivre que par action personnelle, et pour sa part seulement dans la dette, en supposant

(1) Code de Hollande, art. 1334.
(2) Ibid., art. 1208 et 1209.
(3) L. 2, Cod. *Si unus ex plurib. hœred.*
(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

encore qu'il ne l'eût point payée; car l'hypothèque ne rend pas l'obligation indivisible. (Art. 2249) (1). On ne pourrait pas plus lui appliquer qu'à tout autre dans le même cas la maxime: *Qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur,* pour conclure qu'ayant été pendant un temps passible de l'action hypothécaire pour le tout, comme détenteur de tout ou partie des biens affectés de l'hypothèque, il doit l'être encore après l'aliénation qu'il en a faite : il avait la faculté de les aliéner comme tout autre détenteur, comme l'avait son auteur lui-même, attendu que le droit du créancier n'en est point diminué, pouvant s'exercer contre le détenteur actuel. (Art. 2166 et suiv.) (2). L'hypothèque, comme la revendication, *non obligat personam, sed tantum rem sequitur*. L. 2, Cod. *Si unus ex plurib. hæred.*

Avant le partage de la succession, comme chacun des héritiers a un droit de copropriété dans chaque immeuble hypothéqué à la dette, il en est par cela même détenteur d'une portion, et par conséquent il peut être poursuivi hypothécairement pour le tout, ou pour ce qui resterait dû de la créance, si un cohéritier en avait payé sa part. C'est une conséquence de l'indivisibilité de l'effet de l'hypothèque. Mais l'héritier poursuivi, en payant sa part dans la dette, et en faisant le délaissement de sa portion dans les immeubles, ainsi qu'il en aurait le droit aussi dans ce cas, s'affranchirait des effets de l'action hypothécaire.

278. L'héritier qui, par suite de l'hypothèque, a payé au delà dans sa part de la dette, a son recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, pour la portion que chacun d'eux doit personnellement en supporter ; mais il ne peut poursuivre aucun d'eux au delà de sa part, lors même qu'il se serait fait subroger aux droits du créancier, sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier. (Art. 875) (3).

C'est ce que nous avons expliqué avec étendue, au tome VII, n°s 445 et suivants, où nous faisons observer que, dans l'art. 875, on suppose que d'autres héritiers sont aussi détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette, ce qui aurait pu donner lieu de croire que l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part et qui se trouve subrogé aux droits du créancier, pouvait les poursuivre hypothécairement pour le tout moins sa portion, sauf le recours de ceux-ci contre les autres. Car il est clair que, dès qu'un cohéritier n'est point détenteur d'immeubles affectés à l'acquittement de la dette, l'action du créancier contre lui est simplement l'action personnelle, pour la portion héréditaire de cet héritier dans cette dette ; et, par cela même, la subrogation aux droits du créancier n'en pouvait pas étendre la mesure : d'où il eût été inutile de dire que le recours de l'héritier qui a payé au delà de sa part, par suite de l'hypothèque, n'a lieu contre chacun des autres que pour sa portion héréditaire, encore qu'il y eût subrogation conventionnelle ; cela allait de soi-même.

279. Si, parmi les héritiers ou successeurs à titre universel, il s'en trouve d'insolvables, la part de ceux-ci dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres au marc le franc. (Art. 876.) C'est afin que l'égalité soit maintenue entre les cohéritiers. Au lieu que s'il s'agissait d'une dette simple et ordinaire, la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des héritiers serait supportée non par ses cohéritiers, mais bien par le créancier, qui aurait à s'imputer de n'avoir pas pris les mesures conservatrices que la loi mettait à sa disposition.

280. Ce que nous venons de dire de l'hypothèque s'applique au cas où le créancier a un privilége proprement dit : aussi l'héritier qui a payé sa part dans une dette garantie par un gage n'a pas pour cela le droit de retirer sa part dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée (art. 2083) (4), en admettant même que ce gage fût susceptible de division matérielle, comme serait une certaine quantité de marchandises. Et réciproquement l'héritier

(1) Code de Hollande, art. 2023.
(2) Ibid., art. 1242.
(3) Code de Hollande, art. 1149.
(4) Ibid., art. 2083.

du créancier qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas encore payés. (Article 2083.)

DEUXIÈME EXCEPTION : *lorsque la dette est d'un corps certain.*

281. La dette d'un corps certain est bien généralement divisible ; aussi l'art. 1221 qui statue sur ce cas est-il placé sous cette rubrique : *De l'Effet des obligations divisibles.* Mais quant à l'exécution ou payement, elle a les effets de l'obligation indivisible par rapport à celui des héritiers qui est détenteur de l'objet, en ce que cet héritier peut être poursuivi pour le tout, et qu'il doit même être condamné pour le tout, comme ayant seul le moyen de remettre la chose.

Pour cela il faut donc supposer que l'objet était encore en la possession du défunt au moment de sa mort, car s'il n'y était déjà plus, le principe de la division de la dette recevrait son application sans modification, attendu que l'obligation ne consistait plus alors que dans les dommages-intérêts, en admettant encore qu'il en fût dû, parce que la chose avait cessé de pouvoir être livrée par la faute du défunt, ou qu'elle avait péri depuis sa mise en demeure. Et ces dommages-intérêts se diviseraient entre tous les héritiers en proportion de leur part héréditaire : chacun d'eux ne pourrait être poursuivi au delà de cette part. Aussi l'art. 1221 suppose-t-il que la chose due était en la possession du défunt, puisqu'il statue dans l'hypothèse où l'un de ses héritiers en est détenteur. C'est donc dans cette supposition que nous raisonnerons d'abord.

282. Relativement à un corps certain, le défunt pouvait être tenu de différentes actions, suivant les différents cas dans lesquels il se trouvait.

1° Il pouvait être passible d'une action en revendication, comme simple détenteur ou possesseur d'un objet, meuble ou immeuble, qui appartenait à autrui, et qu'il avait reçu du non-propriétaire, sans en avoir encore acquis la propriété par la prescription, ou d'une autre manière.

2° Il pouvait avoir reçu cet objet à titre de dépôt ou de prêt, de louage ou de gage, etc., et dans ces cas il était passible d'une double action : de l'action personnelle en restitution, résultant de l'espèce de contrat qui avait eu lieu ; et de l'action en revendication attachée à la propriété.

3° Il pouvait être simplement débiteur de la chose par promesse, vente, donation, legs, ou autre titre.

283. Dans le premier cas, l'action du créancier, anciennement comme aujourd'hui, ne pouvait s'exercer que contre l'héritier détenteur de l'objet, au lot duquel cet objet avait été attribué, sauf à lui son recours contre ses cohéritiers. Elle n'eût pu s'exercer contre les autres même pour leur part héréditaire, attendu que le défunt n'était point obligé personnellement : *Vindicatio rei non personam obligat, sèd rem sequitur* (1). Il en eût été autrement, et il en serait encore autrement aujourd'hui, si le défunt eût cessé par dol de posséder la chose, parce qu'alors il eût été considéré comme étant encore possesseur, et, comme tel, il eût été passible de l'action du créancier (2) : son obligation de payer les dommages-intérêts serait descendue dans la personne de ses héritiers, et chacun d'eux aurait pu et pourrait encore être poursuivi, mais pour sa part seulement.

Si, l'objet étant dans les biens du défunt, le partage de sa succession n'avait point encore eu lieu, le propriétaire aurait bien l'action en revendication contre tous les héritiers, parce que tous seraient détenteurs, mais il ne l'aurait contre chacun d'eux que pour sa part, parce que chacun d'eux ne posséderait la chose que pour sa part, et ne pourrait la restituer en totalité sans le consentement des autres. L'art. 1672 fournit un argument décisif en faveur de cette opinion ; il porte que, si l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, *dans le cas où la chose est encore indivise,* et dans celui où elle a été partagée entre eux ; mais que, s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose vendue soit échue au lot de l'un des héritiers, l'action en réméré peut être intentée contre lui pour le tout.

(1) L. 2, Cod. *Si unus ex plurib. hæred.*

(2) *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur : quia pro possessione dolus est.* L. 131, ff. *de Regul. juris.*; et L. 150, *eodem tit.*

L'art. 1685 (1) rend applicables les mêmes règles au cas de rescision pour cause de lésion.

Si donc, dans le cas de revendication proprement dite, le propriétaire de la chose n'assignait que l'un des héritiers seulement, qui n'aurait pas jugé à propos d'appeler ses cohéritiers, le jugement qui condamnerait le défendeur à rendre la chose ou à déguerpir du fonds, n'aurait point l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres héritiers.

284. Dans le second cas, celui de dépôt, de prêt à usage, etc., où l'action réelle et l'action personnelle concouraient jadis, comme aujourd'hui, dans la même main, l'héritier détenteur de la chose pouvait et peut encore être poursuivi en restitution pour le tout, et les autres pour leur portion héréditaire. Si le défunt eût fait périr la chose, ou si elle eût péri depuis qu'il était en demeure, chacun des héritiers pouvait et peut encore actuellement être poursuivi pour sa part, mais seulement pour cela. Et si, la chose se trouvant parmi les biens du défunt, le partage de sa succession n'a pas encore eu lieu au moment où le créancier se propose de former son action, on applique ce qui vient d'être dit sur le cas où le défunt n'était qu'un simple détenteur ; et, de plus, sans préjudice de l'effet de l'obligation personnelle des héritiers de restituer la chose, à raison du contrat de leur auteur.

Au surplus, si l'héritier détenteur de la chose déposée ou prêtée peut être poursuivi pour le tout, par l'effet de l'action née du contrat, ce n'est pas qu'il doive le tout en sa qualité d'héritier, car l'obligation du défunt, de la restituer, s'est divisée entre tous ses héritiers ; mais c'est parce qu'ayant seul le moyen de la rendre, il n'y a aucun motif raisonnable pour qu'il ne soit pas condamné pour le tout, même lorsqu'il ne serait pas le seul en cause : *Hæres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua hæres est, convenitur; nisi forte habuit totius facultatem restituendæ nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum, quia hoc boni judicis arbitrio convenit.* L. 3, § 3, ff. *Commod. vel contra.*

Si cet héritier, dit Pothier d'après Dumoulin, n'est tenu que pour sa part héréditaire *ex primitiva obligatione depositi vel commodati, quæ dividua est,* il est tenu pour le total de la restitution de la chose qui est en son pouvoir, *ex obligatione accessoria præstandi bonam fidem,* obligation indivisible, *quia bona fides non potest præstari pro parte* (2). D'ailleurs, comme détenteur, il est passible de la revendication.

Et si la chose est venue à périr par la faute de l'héritier, ou depuis sa mise en demeure, il est tenu pour le total, mais ses cohéritiers sont libérés, parce qu'ils ne garantissent point son fait, comme ils auraient répondu de celui du défunt (3).

Toutefois, si une peine avait été stipulée pour le cas où la chose ne serait pas rendue, la perte de l'objet, quoiqu'elle n'eût été le fait que de l'un des héritiers, eût obligé les autres à payer leur part de la peine, sauf leur recours contre celui qui aurait été en faute. La peine aurait constitué une obligation secondaire dans la personne même du défunt, obligation conditionnelle, c'est-à-dire pour le cas d'inexécution de la première, soit par son fait, soit par celui de quelqu'un de ses héritiers ; or cette obligation aurait passé à ceux-ci. C'est aussi ce qu'enseigne Dumoulin, qui dit que, dans ce cas, les cohéritiers de celui par le fait duquel la chose a péri sont tenus de la peine pour leur part héréditaire : *Non immediate ex facto et culpa dolosi, sed ejus occasione et tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti, quæ in eos sub ea conditione descendit. Molin.,* n° 440. Telle est aussi la décision de Pothier.

Dumoulin en a puisé le principe dans la loi 44, § 5, ff. *Familiæ erciscundæ*, où le jurisconsulte Paul dit : *Si reliqui propter factum unius teneri cœperint, tanquam conditio stipulationis hæreditaria extiterit, habebunt familiæ erciscundæ judicium cum eo propter quem commissa sit stipulatio.*

Et même hors le cas de clause pénale, si la chose avait péri par le dol ou le fait de plusieurs des héritiers, chacun d'eux serait tenu de la perte pour le total : *Nec enim,* dit Dumoulin, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet*

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Dumoulin, *Tract. de Dividuis et individuis*, part. III, n° 111 ; Pothier, *des Obligations*, n° 304.

(3) LL. 9 et 10, ff. *Depositi vel contra* ; L. 17, § 2, ff. *Commod.* Dumoulin, part. III, nos 439 et 440. Pothier, n° 306.

consortem. Mais les autres ne seraient point tenus de ce fait : ils seraient libérés comme si la chose eût péri par le fait d'un tiers.

285. Dans la troisième hypothèse, celle où le corps certain a été simplement promis par vente ou autre titre, il faut aujourd'hui appliquer ce qui vient d'être dit sur le cas de dépôt ou de commodat; car, sous le Code, la propriété d'un corps certain appartenant à celui qui le promet et qui a la capacité de l'aliéner, est transférée de plein droit par le seul effet du consentement, sans qu'il soit besoin de tradition. (Art. 711, 938, 1138 et 1583) (1). D'où il suit que l'acheteur, par exemple, a tout à la fois l'action réelle comme propriétaire de la chose, et l'action personnelle comme créancier de cette chose. Il peut donc, en conséquence, poursuivre pour le tout celui des héritiers du débiteur qui est le détenteur de l'objet par l'effet du partage, s'il a eu lieu, et les autres pour leur part héréditaire. Et si la chose est encore possédée par indivis au moment où il se propose d'exercer son action, l'on procède comme il a été dit précédemment, dans la même hypothèse, lorsqu'il s'agit d'une demande en revendication, ou d'une demande en restitution d'une chose prêtée ou déposée.

Mais, dans ce cas de vente ou autre promesse d'un corps certain, comme il n'y aurait eu, dans le droit romain, qu'une simple action personnelle en faveur de l'acheteur ou autre créancier, puisqu'en principe la tradition était nécessaire pour transférer la propriété dans les actes entre-vifs, cette action eût été divisée entre tous les héritiers du débiteur, en proportion de leurs parts héréditaires, sans distinction aucune par rapport à celui qui possédait la chose et les autres : les lois n'en font pas dans ce cas (2); tellement que si le créancier eût demandé le total à l'héritier possesseur de la chose due, dont lui demandeur n'était point propriétaire, mais simple créancier, il eût encouru la peine portée contre la *plus pétition*.

Dans notre ancienne jurisprudence aussi, la propriété, en général, n'était non plus transférée, dans les actes entre-vifs, qu'au moyen d'une tradition quelconque; en sorte qu'une vente, par exemple, quoique d'un corps certain, ne donnait à l'acheteur qu'une simple action personnelle contre le vendeur et les héritiers de celui-ci; et néanmoins Dumoulin et Pothier décidaient que le *créancier* d'un corps certain pouvait demander le tout à celui des héritiers du débiteur par devers lequel se trouvait l'objet par l'effet du partage, attendu, disaient ces auteurs, que, *quamvis actio mere sit personalis, tamen executio judicati in rem scripta est, et divisionem debet impedire vim futuri judicii, nec executionem in rem et in ejus possessorem; salvo contra hæredes recurso. Molin., part.* II, n° 84; Pothier, n° 305.

Bien certainement cette décision n'était pas fondée sur les principes purs du droit d'alors; elle était même diamétralement opposée à ceux du droit romain; mais elle serait incontestable aujourd'hui. Ces auteurs eux-mêmes avaient dit d'abord que l'héritier au lot duquel est échu le corps certain promis par son auteur, peut bien, il est vrai, être poursuivi pour le total et condamné pour le total, mais « pourvu que le jugement soit « rendu avec ses cohéritiers, ou par défaut contre « eux, s'il n'a pas été chargé de cette dette par le partage. » Et ensuite ils n'ont point exigé cette condition, « dans le cas d'un vendeur qui ayant « vendu une chose livrable dans le mois, et ayant « reçu le prix, serait mort dans ce terme, laissant « plusieurs héritiers, la vente et payement du « prix, dans ce cas, étant constants, celui des « héritiers par devers qui la chose se trouve, doit; « après l'expiration du terme, être condamné à « la livrer sans qu'il soit reçu à mettre en cause « ses cohéritiers. » Pothier, *ibid.*

Il n'est pas besoin de faire remarquer que ces circonstances de payement du prix et d'échéance du terme fixé pour la délivrance de la chose vendue, sont tout à fait indifférentes quant à la question dont il s'agit, envisagée en principe pur

(1) Code de Hollande, articles 639, 1723, 1273, 1494 et 1495.

(2) *Manifesti et indubitati juris est defuncto, multis relictis hæredibus, actionem quidem personalem inter eos lege* XII *tabularum dividi*. L. 1, Cod. *Si unus ex plurib. hæredib.*

Actio quidem personalis inter hæredes pro singulis portionibus quæsita scinditur : pignoris autem multis obligatis rebus, quas diversi possident; cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum : ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant. L. 2, *hoc tit.*

dans l'ancien droit. Mais nous ne pousserons pas plus loin cette remarque ; nous dirons seulement que, d'après le Code, il n'y a aucune différence à faire entre le cas où la chose doit être livrée en vertu d'une vente ou autre promesse, et le cas où elle doit être restituée comme ayant été prêtée, louée ou déposée : dans tous, l'héritier qui la détient par l'effet du partage peut être poursuivi pour le tout, et doit être condamné à la livrer ou à la restituer pour le total, puisqu'il peut acquitter seul l'obligation. Si le partage n'a point encore eu lieu, l'on procède comme nous venons de le dire sur les deux premiers cas.

Lorsqu'il a été effectué, les héritiers non détenteurs n'en peuvent pas moins être poursuivis chacun pour leur part, sauf leur recours s'il y a lieu, sans pouvoir argumenter d'arrangements particuliers ou d'une clause du partage qui chargeraient leur cohéritier de satisfaire le tiers ; sans pouvoir, par conséquent, demander un délai pour le mettre en cause à la seule fin de le faire condamner seul à la restitution ou délivrance de la chose.

Mais, comme le cas de la dette d'un corps certain paraît évidemment rentrer dans ceux du nº 5 de l'article 1221, où il est dit que chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours, il semble résulter de là une opposition que nous tâcherons de lever plus loin.

Au surplus, Pothier fait judicieusement observer, au même endroit, que l'héritier détenteur de la chose due ne peut être poursuivi pour le tout et condamné pour le tout, que lorsque c'est en sa qualité d'héritier et par le partage de la succession, qu'il se trouve posséder en entier la chose ; qu'il en serait autrement si c'était de son chef qu'il la possédât ; que dans ce cas il n'en serait pas *débiteur*, et ne pourrait être condamné à la livrer, mais seulement à payer sa part dans les dommages-intérêts, et qu'on peut, pour le décider ainsi, tirer argument de la loi 86, § 3, ff. *de Legatis* 1º, où il est dit : *Si fundus ab omnibus hæredibus legatus sit qui unius hæredis esset ; is cujus esset non amplius quam partem suam præstabit ; cæteri in reliquas partes tenebuntur.*

286. Si la dette était d'un objet indéterminé, comme un cheval en général, ce serait un des cas compris dans le nº 5 de l'art. 1221, ou de la cinquième exception.

287. Si elle était d'un certain nombre de choses du même genre, comme dix chevaux indéterminément, la division, soit entre les héritiers du créancier, soit entre les héritiers du débiteur, ne se ferait pas dans chacune des choses promises, *ut in specie;* elle se ferait numéralement, *ut in genere* (1) : c'est-à-dire que chacun des héritiers devrait un nombre de chevaux en proportion de sa part héréditaire, et ne pourrait être poursuivi que pour cela, à moins que des circonstances de la cause il ne résultât que l'intention des parties a été que la dette ne pourrait s'acquitter partiellement, cas dans lequel chacun des héritiers, d'après l'article 1221, peut être poursuivi pour le tout, sauf ce que nous dirons bientôt.

288. Quant aux héritiers du créancier d'un corps certain, comme tel cheval, tel arpent de terre, chacun d'eux, avant le partage de la succession, ne peut demander que sa part ; et si la chose n'est pas susceptible de livraison partielle, le débiteur peut exiger que tous les héritiers s'accordent pour la recevoir ; car, en la livrant à un seul, il ne serait pas libéré envers les autres, si celui auquel il l'aurait livrée venait à ne point la représenter à ses cohéritiers : seulement ceux-ci ayant, lors du partage, le droit d'en imputer la valeur sur sa part, seraient tenus de faire raison au débiteur d'une valeur égale à celle qu'ils pourraient recouvrer par ce moyen.

Si le partage a eu lieu avant l'extinction de la dette, celui des héritiers auquel est échue la chose, ou l'action pour la réclamer, peut poursuivre pour le total le détenteur ou débiteur, parce que dans notre législation cet héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à l'objet lui-même (article 883) (2), car l'action tient lieu de la chose à laquelle elle s'applique. Il en serait ainsi même dans le cas où le défunt avait simplement acheté ou stipulé la chose, attendu qu'il en était par cela même réputé propriétaire (article 1138) (3) ; en sorte que le partage n'aurait

(1) L. 54, *princip. in fine*, ff. *de Verb. oblig.*; L. 117, au même titre ; et L. 29, ff. *de Solutionib. Voir* Cujas, sur le premier de ces textes. — (2) Code de Hollande, art. 1128.
(3) Ibid., art. 1273.

pas seulement attribué à l'héritier l'action pour la réclamer, il lui aurait aussi réellement attribué la chose elle-même ; à plus forte raison si c'était un objet appartenant au défunt, dont un tiers aurait disposé sans son aveu, ou une chose que le défunt aurait remise en dépôt, prêtée ou louée, puisque la chose elle-même serait réellement *in bonis defuncti,* d'après la règle: *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* L. 15, *de Regul. juris.*

Troisième exception : *lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible.*

289. Si l'une des deux choses est réellement indivisible, et que le créancier la choisisse, l'obligation sera régie par les principes des obligations indivisibles, dont nous parlerons au paragraphe suivant. Mais alors ce n'est point une exception au principe de la division des dettes divisibles entre les héritiers du débiteur ; car une dette indivisible ne peut pas être présentée comme une exception à une règle qui lui est tout à fait étrangère. Et si le créancier choisit la chose divisible, il n'y a point non plus d'exception à la règle, puisqu'elle est applicable dans toute son étendue. Aussi cette disposition, telle qu'elle est conçue, ne signifie réellement rien.

Si l'on a eu en vue le cas où l'une des deux choses serait un corps certain, pour lequel opterait le créancier, et ce qui le prouverait assez, c'est que le dernier alinéa de l'art. 1221 ne donne, dans ce cas, l'action pour le tout que contre l'un des héritiers seulement, contre celui qui possède la chose due, tandis que lorsque l'obligation est indivisible, chacun des héritiers, d'après l'article 1223, peut être poursuivi pour le total ; si, disons-nous, l'on a eu en vue le cas où l'une des deux choses comprises dans l'obligation alternative au choix du créancier est un corps certain, que le créancier choisit, il y a lieu simplement à appliquer ce qui vient d'être dit sur la deuxième exception, et ce n'était point la peine d'en faire la matière d'une troisième dans la loi, puisque c'est la même. Et si l'on a pensé au cas où l'une des deux choses serait indéterminée, comme un cheval en général, et que le créancier opterait pour cette chose, alors évidemment l'on se trouverait dans l'une des obligations dont traite le n° 3 de l'art. 1221, et dans lesquelles le dernier alinéa de cet article donne au créancier le droit de poursuivre chacun des héritiers pour le total, sauf le recours ; car il est clair que, à raison de la nature de la chose qui serait la matière de l'obligation, l'intention des contractants aurait été qu'elle ne pût s'acquitter pareillement. Quelque supposition que l'on fasse, il est impossible de justifier ni même d'expliquer cette disposition telle qu'elle est conçue ; et bien certainement on n'a pas dit ce que l'on a voulu dire.

En effet, pour que le payement ne puisse avoir lieu partiellement contre le gré du créancier lorsque l'obligation est alternative, il est indifférent que l'une des deux choses soit indivisible ou simplement un corps certain ou un objet indéterminé, ou bien qu'elles soient toutes deux divisibles ; et il est indifférent aussi que le choix soit au créancier, ou qu'il appartienne au débiteur : dans tous les cas, le payement ne pourra être fait partiellement malgré le créancier, parce qu'il pourrait arriver de cette manière qu'il reçût partie de l'une des deux choses et partie de l'autre, et on ne peut l'y contraindre ; or, c'est uniquement ce qu'on a pu vouloir dire par cette disposition ; mais on y a mis des conditions qui ne sont point du tout nécessaires pour cela, et qui feraient que, prise à la lettre, elle n'aurait aucun sens, et serait même en contradiction avec une autre des dispositions du même article.

290. Ainsi, dans les obligations alternatives de choses même parfaitement divisibles, comme cent boisseaux de blé ou trois cents francs, si le débiteur a laissé, par exemple, deux héritiers, le créancier, quoique le choix leur appartînt, n'est point forcé de recevoir de l'un d'eux partie de l'une des deux choses, si l'autre ne lui offre en même temps l'autre moitié de la même chose ; car il pourrait arriver ensuite que le cohéritier voudrait lui payer sa part dans l'autre objet, puisqu'il a tout autant le droit de choisir que son cohéritier. Or le créancier n'a pas stipulé deux moitiés de deux différentes choses, mais une en son entier ; et les héritiers du débiteur, qui ne pouvaient le forcer à recevoir partie de l'une et partie de l'autre (art. 1191) (1), n'ayant absolu-

(1) Code de Hollande, art. 1308.

ment que les droits de leur auteur, sous la seule modification relative à la division de la dette entre eux, ne le peuvent pas davantage; autrement la substance même de l'obligation serait altérée. Les héritiers doivent donc se concerter; telle est la décision du jurisconsulte Paul dans la loi 85, § 4, ff. *de Verb. oblig.*; de Dumoulin *de Divid. et individ.*, § 2, n° 125; et de Pothier, *des Oblig.*, n° 313. En sorte, dit ce dernier, dans l'espèce d'une dette alternative d'une maison ou d'une somme de 10,000 fr., au choix du débiteur, que, « quand même le créancier aurait reçu volontairement de l'un des héritiers la moitié de « l'une des deux choses, *puta*, la moitié de la « somme, ce payement ne recevrait sa perfection, même pour cette moitié, que lorsqu'on « lui aurait payé l'autre moitié; et si par la suite « on lui donne la maison, il y aura lieu à la « répétition de ce qui a été payé en argent (1). »

Nous ferons toutefois observer que cette décision particulière de Pothier souffre quelque difficulté pour le cas où le créancier en recevant le payement n'a pas fait ses réserves que si l'autre héritier voulait ensuite lui payer la moitié de la maison, le payement de la moitié de la somme serait réputé non avenu. Car, puisque, suivant Pothier lui-même, le créancier n'était point obligé de recevoir ce payement tant que le cohéritier ne lui payait pas en même temps l'autre moitié de la même chose, en le recevant sans faire de réserve il paraît bien avoir consenti à la division quant à l'objet de l'obligation comme quant au payement lui-même. Il a dû penser que l'autre héritier avait aussi bien que son cohéritier le droit de choisir, et qu'ainsi cet héritier pourrait vouloir payer la moitié de la maison. C'était donc le cas de faire des réserves, et il ne nous semble pas qu'elles soient sous-entendues; pour pouvoir le dire avec fondement, il aurait fallu que le créancier eût été obligé de recevoir partie de la somme : or, suivant Pothier, il n'y était point tenu. Cet auteur donne même ce cas comme une des exceptions au principe de la divisibilité du payement des dettes divisibles de la part des héritiers du débiteur.

Du reste, la circonstance que, dans l'exemple qu'il donne, l'une des deux choses de l'obligation alternative est une maison, est indifférente quant à notre principe; ce principe n'est pas moins applicable quoique les deux choses soient parfaitement divisibles, et quoique, ainsi que nous l'avons dit, le choix appartienne au débiteur : dans tous les cas, le créancier ne peut être forcé de recevoir partie d'une chose et partie de l'autre; autrement la substance même de l'obligation serait altérée. Ce que le débiteur ne pouvait faire, ses héritiers ne le peuvent pas davantage, sauf la modification résultant du principe de la division de la dette entre eux. Ils doivent donc s'accorder pour faire le payement de l'une des deux choses en son entier; s'ils ne s'accordent pas, le créancier doit les assigner pour voir dire qu'ils auront à s'accorder dans un délai qui sera fixé par le tribunal, sinon que le choix lui sera déféré, et s'ils ne s'accordent pas dans le délai, alors il pourra demander à chacun d'eux sa portion dans celle des choses qu'il aura choisie. Car faire décider la question par le sort, ainsi que cela se pratiquait dans des cas semblables en droit romain (2), n'est pas un usage suivi dans notre législation; et cependant il faut lever l'obstacle.

Si le choix appartenait au créancier par le contrat, il est clair aussi qu'il ne pourrait demander à chacun des héritiers que sa part dans l'une des deux choses même divisibles; et s'il avait reçu partie de l'une d'elles, soit sur sa demande, soit de gré à gré, il ne serait plus reçu à demander ensuite à l'autre héritier partie de l'autre chose, en offrant de rendre ce qu'il aurait reçu : son choix serait consommé; à plus forte raison, s'il n'offrait pas de restituer ce qu'il a reçu, puisqu'il n'a pas droit à deux moitiés de choses différentes, quoique le choix lui ait été réservé, mais à une seule.

Enfin, si c'était lui qui fût mort laissant deux héritiers, quoique le choix appartînt au débiteur, celui-ci ne pourrait payer à l'un d'eux une partie de l'une des deux choses, et à l'autre une partie de l'autre chose, à moins qu'ils n'y consentissent; car autrement l'obligation serait dénaturée. Ces héritiers d'ailleurs peuvent avoir intérêt à avoir une chose entière, pour la faire entrer dans la

(1) *Voyez* aussi la loi 26, §§ 13 et 14, ff. *de Condict. indeb.*

(2) *Voyez* à ce sujet la loi 3, Cod. *Communia de legat. et fideicomm.*; le § 23, Instit. *de Legat.*; L. 24, § 17, ff. *de Fideicom. libert.*; et L. 14, ff. *de Judiciis*. *Voyez* aussi Vinnius, *Select. quæst.* lib. I, *quæst.* 35.

composition d'un lot, ou pour la vendre plus avantageusement, plutôt que deux moitiés de deux différentes choses. Et si le choix leur appartenait, et qu'ils ne s'accordassent pas, le débiteur, qui voudrait se libérer, pourrait les assigner pour voir dire qu'ils seront tenus de s'accorder dans un délai fixé par le tribunal, passé lequel le choix lui sera dévolu : et alors il pourrait faire à chacun d'eux des offres de sa part dans la chose qu'il choisirait.

QUATRIÈME EXCEPTION : *lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation.*

291. Dans ce cas, l'héritier désigné peut, suivant l'art. 1221, être poursuivi pour la totalité de la dette, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Ce point mérite toutefois quelque explication, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent, nº 263, et au tome VII, nº 430.

292. D'abord si, par son testament, une personne charge nommément l'un de ses futurs héritiers d'acquitter tel legs, le légataire aura l'action personnelle pour le tout contre lui, sans toutefois que la réserve de cet héritier puisse en souffrir, dans l'hypothèse où il lui en serait dû une. Et le recours contre les autres héritiers aura lieu ou non, selon que la volonté du testateur aura simplement été de mettre le payement à sa charge, ou bien d'y mettre le legs lui-même, ce qui s'estimera surtout par les termes du testament (1).

Si l'intention du testateur a été de ne mettre le legs lui-même qu'à la charge personnelle de cet héritier, le légataire n'aura pas d'action contre les autres. On le supposera même assez facilement s'il a chargé l'héritier de donner une somme ou quelque chose qui lui appartienne. Il y aura encore moins de doute lorsque ce sera une charge d'un legs qu'il lui aura fait à lui-même ; alors le legs secondaire cessera de grever le legs principal, s'il devient caduc, ainsi que nous l'avons dit en traitant des dispositions testamentaires (2).

293. Et si un débiteur charge par son testament l'un de ses futurs héritiers d'acquitter sa dette envers un tel, en donnant au créancier le droit d'en exiger le payement de cet héritier, celui-ci pourra être poursuivi pour le tout, et les autres pour leur part héréditaire. Mais si le testament ne contenait qu'une simple indication de l'héritier pour acquitter la dette, sans donner aussi par là au créancier le droit de l'exiger de lui, la clause lui serait étrangère, et son effet se bornerait à obliger l'héritier à indemniser ses cohéritiers des frais de poursuites faits par le créancier faute de payement. Elle l'obligerait aussi toutefois à leur rembourser leur part, s'ils l'avaient payée, ou à leur rapporter leur décharge dans le cas contraire, si le défunt avait entendu mettre à sa charge, non pas seulement le payement de la dette, mais aussi la dette elle-même (3); le tout, sauf les droits de la réserve légale dans le cas où il en serait dû une à l'héritier. Et comme la clause contiendrait alors un véritable legs, au profit des autres, de leur part dans la dette, il faudrait, pour que cette dette dût rester à la charge personnelle de l'héritier désigné, que la volonté du défunt à cet égard ne fût pas douteuse.

294. Dans ces cas, et sous les limitations ci-dessus, la disposition du nº 4 de l'art. 1221, combinée avec le dernier alinéa de cet article, reçoit sans difficulté son application ; mais la généralité de ses termes et la place qu'elle occupe dans le Code ne permettent pas de douter que l'un des héritiers ne puisse aussi être chargé par les conventions de son auteur, d'exécuter ces mêmes conventions.

295. Il nous paraît toutefois certain qu'une personne ne peut valablement, en chargeant tel ou tel de ses futurs héritiers de l'exécution de l'obligation qu'elle contracte, priver par le contrat lui-même cet héritier du recours contre ses cohéritiers ; car ce serait de cette manière disposer au profit des autres du montant de leur part dans cette même dette ; ce serait un legs à leur profit, et un legs fait sans l'emploi des formalités requises pour la validité des legs. Aussi l'art. 1221 réserve-t-il le recours ; il suppose seulement que

(1) *Voyez* tome IX, nºs 380 et 384.
(2) Ibid., nºs 317 et 493.
(3) *Voyez* la loi 20, § 5, ff. *Familiæ erciscundæ.*

c'est l'exécution de l'obligation qui a été mise à la charge d'un seul des héritiers, et non l'obligation elle-même. C'est une simple exception au principe de la division des dettes entre les héritiers, une *indivisibilité de payement* par rapport à cet héritier, et voilà tout. Ce point ne saurait donc non plus souffrir de difficulté.

296. Mais quel doit être l'effet de la *poursuite?* Doit-il être le même par rapport à l'héritier que si l'obligation était solidaire par rapport à lui? Cet héritier doit-il être *condamné* pour le tout quoiqu'il mît en cause ses cohéritiers? Devra-t-il supporter leur insolvabilité? L'obligation simplement indivisible quant au payement aura-t-elle des effets plus onéreux pour lui que ceux qu'aurait une obligation d'une indivisibilité absolue? car dans une obligation à proprement parler indivisible, si l'héritier poursuivi n'était pas le seul qui, à raison de la nature de l'engagement, pût l'exécuter, il aurait le droit de mettre en cause ses cohéritiers pour faire diviser entre eux et lui le montant de la condamnation aux dommages-intérêts (art. 1225) (1), et l'on ne peut pas dire que, lorsqu'il s'agit d'une chose divisible, comme une somme d'argent, une certaine quantité de denrées, l'héritier désigné soit le seul qui puisse acquitter l'obligation.

Un coup d'œil sur l'ancien droit est absolument nécessaire pour lever les doutes à ce sujet, ou du moins pour prévenir les objections.

On a vu au tome précédent, n° 265, que, dans le droit romain, une personne, en s'obligeant, ne pouvait pas charger l'un de ses futurs héritiers de toute l'obligation, ou d'une part plus forte que la part héréditaire de cet héritier : la loi 56, § 1, ff. *de Verb. obl.*, est formelle à cet égard : *Te et Titium hæredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacue comprehensa est : sive enim solus hæres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quo cæteri cohæredes ejus.*

En effet, l'héritier pour partie ne représentant le défunt que pour cette partie, la promesse qui l'obligeait au delà était considérée, pour l'excédant, comme la promesse du fait d'un tiers; elle blessait donc le principe : *Nemo, nisi de se, promittere potest.* Elle n'était toutefois pas nulle, car le débiteur s'obligeait lui-même, seulement la mention de l'héritier était réputée non avenue.

Et c'est en invoquant ce texte que Pothier, dans son Traité *des Obligations*, n° 46, dit que, dans notre droit aussi, un débiteur ne peut pas obliger l'un de ses héritiers pour une plus forte part que sa part héréditaire : « Pareillement, « dit-il, de même que nous ne pouvons, dans « les obligations divisibles, stipuler pour quel- « qu'un qu'autant et pour la part pour laquelle « il sera notre héritier; de même nous ne pou- « vons, dans ces obligations, obliger quelqu'un « de nos héritiers que pour la part pour laquelle « il sera notre héritier. C'est pourquoi inutile- « ment un débiteur comprendrait-il nommément « dans la convention un TEL qui doit être l'un de « ses héritiers; car il ne sera tenu de la dette « que comme les autres héritiers qui n'y ont pas « été compris. »

Mais plus loin, n° 313, cet auteur, après avoir rappelé ce qu'il avait dit sur ce point, et cité de nouveau la loi ci-dessus, ajoute : « Nonobstant « cela, Dumoulin décide, avec raison, qu'on peut « valablement convenir qu'une dette ne pourra « être acquittée par parties par les différents hé- « ritiers du débiteur; et il remarque fort bien « que cette convention est bien différente de « celle de l'espèce de la loi 56, § 1, ff. *de Verb.* « *obl.*, ci-dessus rapportée, laquelle tombe sur « la substance même de l'obligation; au lieu que « cette convention ne concerne que la manière « dont le payement s'en fera : *Non concernit* « *substantiam obligationis, sed modum : unde* « *quemadmodum potest in præjudicium hæredum* « *determinari locus et tempus solutionis, ita et* « *modus* (Dumoulin, § 2, n°s 30 et 31). Cette « convention n'empêche pas que l'un des héri- « tiers du débiteur ne soit *tenu que pour sa part* « *de la dette;* mais l'effet est qu'il ne peut faire « le payement que de la chose entière, conjoin- « tement avec ses cohéritiers; de manière que « les offres qu'il ferait de donner sa part seraient « insuffisantes même pour sa part à l'obligation « dont il est tenu, si ses cohéritiers n'offraient « également la leur. »

Il résulte de ces deux passages de Pothier, que, selon lui comme selon Dumoulin, la clause par laquelle l'un des héritiers du débiteur est

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

chargé d'acquitter la dette, ne peut avec effet affecter la substance de l'obligation elle-même, mais qu'elle peut très-bien affecter le mode de payement, et le rendre indivisible de divisible qu'il aurait été sans elle; que l'effet de cette clause n'est pas, il est vrai, que l'héritier doive pour cela toute la dette, mais seulement qu'il ne peut, contre le gré du créancier, lui payer sa portion; par conséquent qu'il ne peut lui en faire des offres, si tous ses cohéritiers n'offrent en même temps la leur : en sorte que ces offres partielles n'arrêteraient point les intérêts, si la dette en produisait, n'empêcheraient pas la peine d'être encourue, même pour la part de cet héritier, s'il y avait une peine stipulée, ne purgeraient, en un mot, en aucune manière, la demeure en laquelle il aurait été constitué. Mais comme, suivant Pothier, la clause n'affecte et ne peut affecter l'obligation, cet auteur conclut de là que l'héritier n'est toujours *tenu* que de sa part, qu'il ne *doit* que sa part, et qu'il ne peut être *poursuivi* que pour sa part seulement.

« Dans les cas, dit-il ensuite (c'est-à-dire dans « ceux des nos 4 et 5 de l'art. 1221), où une « obligation, quoique en elle-même divisible, ne « peut néanmoins s'acquitter par parties, le « créancier ne peut, à la vérité, mettre les hé- « ritiers de son débiteur en demeure qu'en don- « nant la demande contre tous; *la demande qu'il « ferait à l'un d'eux de lui payer le total ne « serait pas valable, et ne le mettrait pas en « demeure*, puisque l'obligation étant divisible, « il ne doit pas le total. Mais quoiqu'il ne soit « débiteur que de la partie pour laquelle il est « héritier et *ne puisse être poursuivi pour le total*, « néanmoins l'indivision de payement empêche « qu'il ne puisse offrir la part dont il est débi- « teur, si le surplus n'est offert en même temps « par ses cohéritiers. »

Ainsi, selon Pothier, dans les cas du n° 4 et du n° 5 de l'art. 1221 du Code, l'héritier ne peut être poursuivi pour le tout, et c'eût été ce droit de poursuite pour le total qui aurait, suivant lui et Dumoulin, et suivant la loi romaine citée ci-dessus, affecté la substance même de l'obligation. Car ces auteurs ne considéraient pas l'inégalité qui serait résultée de là entre les héritiers, si la dette eût dû rester définitivement à la charge de celui qui était désigné pour l'acquitter, ce qui eût été un avantage fait au profit des autres, et ce qui ne pouvait avoir lieu par de simples conventions avec un tiers; ils envisageaient principalement l'obligation dans ses effets entre le créancier et les représentants du débiteur, et, suivant eux, la simple indivisibilité de payement ne portait aucune atteinte à la division de l'obligation en elle-même, ni par suite à celle de la demande ou poursuite contre les héritiers.

Mais quant à ce dernier point, on ne peut se dissimuler que les rédacteurs du Code ne se soient écartés de la doctrine de ces jurisconsultes, puisque l'art. 1221 porte positivement, au contraire, que l'héritier dans le cas du n° 4 (et chacun des héritiers dans ceux du n° 5), *peut être poursuivi pour le tout*, sauf le recours. Il paraît que ce qui aurait, suivant eux, affecté la substance de l'obligation, c'eût été la clause qui, en chargeant l'un des héritiers de son exécution, lui aurait en même temps interdit tout recours contre ses cohéritiers, et aurait ainsi définitivement laissé toute la dette à sa charge personnelle. « Celui des héritiers « qui, dans ces divers cas (ceux des nos 4 et 5 « de l'art. 1221), disait M. Bigot-Préameneu, « dans son discours au corps législatif, sur la « présentation de la loi; celui des héritiers qui « a payé *plus qu'il n'eût dû en cette qualité*, a « son recours, *ainsi que de droit*, vers ses cohé- « ritiers, *parce que ce n'est pas l'obligation, mais « seulement le payement qui a été à sa charge.* »

297. Toute la question se réduit donc maintenant à savoir si, en donnant au créancier l'*action pour le tout* contre l'héritier désigné dans le cas du n° 4, et contre chacun des héritiers dans ceux du n° 5, les auteurs du Code, dérogeant ainsi aux anciens principes, ont entendu y déroger aussi sous le rapport de la *condamnation* elle-même; s'ils ont ainsi voulu attribuer à des obligations reconnues par eux-mêmes comme divisibles, des effets plus onéreux pour l'héritier poursuivi que ne le seraient les effets d'une obligation indivisible proprement dite? Car, dans celle-ci, l'héritier poursuivi pour le tout a le droit de mettre en cause ses cohéritiers, lorsqu'il n'est pas le seul qui, à raison de la nature de la dette, puisse l'exécuter; et s'il le fait, la condamnation aux dommages-intérêts doit être divisée entre eux et lui en proportion de leurs parts hérédi-

taires. (Art. 1225 analysé.) Au lieu que si, dans les cas des nos 4 et 5 de l'art. 1221, la condamnation doit aussi être prononcée pour le tout contre l'héritier poursuivi, quoiqu'il eût mis en cause ses cohéritiers, c'est comme s'il était tenu d'une obligation solidaire, quand cependant il est bien certain que l'indivisibilité de l'obligation ne lui imprime point le caractère de la solidarité; et, de plus, la simple indivisibilité de payement, que l'on a voulu établir dans ces cas, aurait des effets plus étendus et plus onéreux pour les héritiers du débiteur, que ceux de l'indivisibilité de l'obligation elle-même, ce qui serait fort bizarre, assurément. L'insolvabilité de l'un des héritiers serait ainsi supportée par son cohéritier, ce qui n'est pas non plus conforme aux principes dans les dettes purement personnelles. Enfin si les obligations du n° 5 de l'art. 1221 sont placées sous la rubrique *de l'Effet des obligations divisibles*, et sont ainsi regardées comme divisibles, d'un autre côté l'art. 1218 les range parmi les obligations *indivisibles*, d'où il semble résulter que l'art. 1225 leur est aussi applicable.

En laissant de côté, pour le moment, les cas de ce n° 5, qui présentent bien d'autres difficultés et d'autres contradictions dans l'ensemble des dispositions de la loi sur la matière, ainsi qu'on le verra bientôt, l'on est réellement embarrassé de prendre un parti sur celui qui nous occupe; aussi les divers interprètes du Code ne sont-ils pas d'accord sur le sens précis du n° 4 de cet article 1221.

Selon quelques-uns (1), le défunt a pu imposer à l'un de ses héritiers l'obligation de solder toute la dette, avec cet effet que le créancier puisse le poursuivre et le faire condamner pour le tout, lors même qu'il mettrait en cause ses cohéritiers, comme il a pu lui imposer toute autre obligation. Cet héritier, dit-on, est le maître d'accepter ou de refuser la succession. L'on argumente, à cet égard, du droit suivi dans quelques coutumes, telles que celles de Normandie, de l'Artois et d'Amiens, où les héritiers étaient même tenus de plein droit solidairement des dettes de leur auteur, sauf le recours, et les effets du bénéfice d'inventaire. Et suivant cette interprétation, un débiteur peut, par la même raison, obliger tous ses héritiers solidairement.

Il serait difficile, en effet, de prétendre avec quelque fondement, si le défunt en a pu obliger un de cette manière, qu'il n'a pu en obliger deux, et même tous; car le principe une fois admis à l'égard de l'un d'eux, on ne voit pas pourquoi il ne s'étendrait pas à tous.

Mais d'autres personnes (2) ont pensé que cette interprétation du n° 4 de notre art. 1221, vraie en général dans les dispositions testamentaires, ne l'est pas également dans les conventions; que les rédacteurs du Code ont eu particulièrement en vue les charges imposées par testament; que pour les conventions, elles peuvent bien rendre la dette indivisible quant au payement par rapport à l'héritier chargé par le titre de son acquittement, et même par rapport à tous, si telle a été la volonté des parties, mais que cette indivisibilité n'est point la solidarité, et n'en a pas les effets. En conséquence, ils pensent que si l'un des héritiers est insolvable au moment où le payement de la dette est demandé pour le tout à l'héritier désigné par le titre pour l'acquitter, l'insolvabilité ne doit point être supportée par lui, mais par le créancier, suivant le droit commun, à moins que la dette ne fût hypothécaire. Ils disent que le système contraire serait subversif des principes sur la manière dont les héritiers supportent les dettes du défunt, dans le cas de simple action personnelle, et que nulle disposition du Code n'autorise un débiteur à imposer la solidarité à ses héritiers, ou même à l'un deux; qu'il ne l'autorise à les obliger que d'une manière indivisible quant au payement de la dette, mais que les effets de l'indivisibilité ne sont point, sous ce rapport, les mêmes que ceux de la solidarité. On convient bien, du reste, que le Code, à la différence des anciens principes, autorise le créancier à *poursuivre* l'héritier pour le tout, mais c'est comme dans les obligations indivisibles, c'est-à-dire avec le droit attribué par l'art. 1225 à cet héritier de mettre en cause ses cohéritiers pour faire diviser entre eux et lui le montant de la condamnation, comme n'étant pas le seul qui, à raison de la nature de la dette, puisse l'acquitter. On tombe aussi d'accord que l'héritier ne peut faire des offres de sa part dans la dette.

(1) Comme M. Toullier.

(2) Notamment M. Delvincourt.

On peut dire, en effet, que le droit de poursuivre un héritier pour le tout n'emporte pas nécessairement le droit de le faire condamner pour le tout : cet art. 1225 offre bien la preuve de cette vérité, et la loi 85, ff. *de Verb. oblig.*, citée précédemment, l'offre pareillement.

Nous allons voir d'ailleurs sur le n° 5 de l'article 1221, que les rédacteurs du Code n'ont pas été d'accord avec eux-mêmes en ce qui concerne ce droit de poursuite pour le tout contre chacun des héritiers, et que dans des cas qui se trouvent évidemment compris dans ce n° 5, ils n'ont point accordé au créancier l'action pour le tout contre chacun de ces héritiers, mais bien seulement contre tel ou tel d'entre eux, et contre les autres pour leur part héréditaire seulement.

CINQUIÈME EXCEPTION : *lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.*

298. Dans ces cas, dit le dernier alinéa de l'art. 1221, chacun des héritiers du débiteur peut être poursuivi pour le total de la dette, sauf son recours.

Mais cette disposition présente aussi les plus graves difficultés.

299. D'abord, ainsi que nous l'avons dit précédemment, n° 257, il est impossible de n'y pas voir les mêmes obligations que celles de l'article 1218, qui les qualifie cependant obligations *indivisibles ;* ce qui semble par conséquent devoir leur rendre applicable l'art. 1225. Au lieu que l'art. 1221 ne fait point du tout mention de cette faculté accordée à l'héritier poursuivi pour le total, de mettre en cause ses cohéritiers : d'où naît une opposition palpable dans les différentes dispositions de la loi sur cette matière abstruse, et qui en complique les difficultés.

En second lieu, les obligations de livrer ou de restituer un corps certain, dans lesquelles cet article 1221 donne l'action pour le tout seulement contre l'héritier détenteur, sont évidemment du nombre de celles qui, à raison de la nature de la chose qui en fait l'objet, sont considérées par les contractants comme n'étant pas susceptibles d'exécution partielle, et dans lesquelles cependant, suivant ce même article, le créancier peut poursuivre chacun des héritiers pour le tout : aussi Pothier donne-t-il comme exemple de l'une de ces obligations le cas de vente ou de louage d'un certain héritage. Écoutons-le encore sur ce point, parce qu'on l'a visiblement copié mot pour mot dans la rédaction de ce n° 5 de notre article, et que c'est dès lors le meilleur interprète qu'on en puisse avoir.

« Le troisième cas, dit-il, auquel la dette, « quoique divisée entre les héritiers du débiteur, « ne doit point s'acquitter par parties, est lors- « que, sans qu'il y ait de convention, *il ré-* « *sulte de la nature de l'engagement, ou de la* « *chose qui en fait l'objet, ou de la fin qu'on* « *s'est proposée dans le contrat, que l'esprit des* « *contractants a été que la dette ne pût s'ac-* « *quitter par parties.* Cela se présume facilement « lorsque la chose qui fait l'objet de la conven- « tion est susceptible, à la vérité, de parties « intellectuelles, et est par conséquent divisi- « ble, mais ne peut être divisée en parties « réelles. *Molin.*, partie III, n° 223.

« Cela se présume même à l'égard des choses « qui peuvent se partager en parties réelles, « lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en ré- « sulte un préjudice au créancier.

« Par exemple, dit-il, si j'ai acheté ou pris à « ferme un certain héritage, quoique cet héri- « tage soit susceptible de parties, néanmoins un « des héritiers de celui qui me l'a vendu ou « donné à ferme ne serait pas reçu à m'offrir sa « part divisée ou indivisée dans cet héritage, « pour s'acquitter envers moi de son obligation, « si ses cohéritiers n'étaient aussi, de leur côté, « prêts à me délivrer les leurs, parce que la « division de cet héritage me porterait préju- « dice : je ne l'ai acheté ou pris à ferme que « pour l'avoir en total, ou pour en jouir en « total ; et je n'en aurais ni acheté ni pris à « ferme une partie.

« La fin que les contractants se sont proposée « peut aussi empêcher le payement partiel même « des dettes d'une somme d'argent. Par exem- « ple, si, par une transaction, vous vous êtes « obligé à me payer une somme de mille écus, « avec déclaration que c'est pour me tirer de « prison, où j'étais détenu pour ladite somme

« par un créancier, et que peu après vous soyez « mort, laissant quatre héritiers, un de ces « héritiers ne sera pas reçu à m'offrir séparé- « ment le quart de ladite somme, qui ne peut « me procurer la mainlevée de ma personne, « qui a été l'objet du contrat, et que je ne « pourrais conserver sûrement en prison en « attendant le payement du surplus. *Molin.*, « part. II, n° 40. »

Et Pothier ajoute que, dans ces cas et autres semblables, le créancier ne peut toutefois poursuivre chacun des héritiers que pour sa part héréditaire : « La demande, dit-il, qu'il ferait à « l'un deux de lui payer le total ne serait pas « valable ; » tandis que notre art. 1221 dit, au contraire, positivement, que chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout dans les cas prévus au numéro 5 de cet article, et qui sont absolument ceux dont parle ici Pothier.

N'est-il pas en effet évident que celui qui, par exemple, a prêté un cheval, ou qui a acheté tel cheval, a entendu que la chose ne pourrait lui être rendue ou livrée par parties, puisque cette chose n'en est même pas susceptible sans destruction de sa substance? Les obligations de corps certains sont donc aussi comprises dans le n° 5 de l'art. 1221, et cependant ce sont celles du n° 2 du même article. Toutefois, dans ce cas, l'opposition peut être levée, et s'il n'y avait que cette difficulté on serait bien moins embarrassé pour concilier ces différentes dispositions du Code. Ainsi, dans tous les cas où il s'agira d'un corps certain, dont le défunt était détenteur ou débiteur, et qui sera dans la possession de l'un de ses héritiers, auquel il a été attribué par le partage de la succession, le créancier, comme nous l'avons dit sur le n° 2, n'aura d'action pour le total que contre le détenteur ; et il l'aura seulement contre les autres pour leur part héréditaire. Si la chose n'a point encore été divisée, l'action contre chacun d'eux n'aura lieu que pour sa part; et il en serait de même si le défunt eût fait périr la chose, ou eût promis un objet qui ne lui appartenait pas ; en un mot, dans tous les cas où il y aurait lieu aux dommages-intérêts. Le n° 5 de l'article ne s'applique donc pas à ces cas, en ce sens que, d'après le dernier alinéa du même article, chacun des héritiers puisse être poursuivi pour le tout, sauf son recours. Mais la restitution ou le payement de la chose elle-même ne pourrait avoir lieu partiellement, fût-elle matériellement divisible, comme un fonds de terre.

Si l'on suppose qu'une personne ait promis un cheval indéterminément, ou un arpent de terre de tel canton, et qu'il laisse deux héritiers, nous ne sommes plus dans le cas du n° 2 de cet article, parce qu'il ne s'agit pas d'un corps certain ; mais nous sommes évidemment dans celui du n° 5, car les parties ont entendu que la dette ne pourrait s'acquitter partiellement. L'un des héritiers du débiteur ne pourrait en effet offrir au créancier la moitié qu'il aurait dans la propriété d'un cheval ou d'un arpent de terre, parce que le cohéritier pourrait vouloir aussi offrir la moitié qu'il aurait dans un autre cheval ou dans un autre arpent, et qu'ainsi le créancier recevrait deux moitiés de deux différents chevaux ou de deux différents arpents, tandis qu'il a stipulé un cheval ou un arpent en son entier (1). C'est donc le cas de dire avec l'art. 1218, que le rapport sous lequel la chose a été considérée dans l'obligation ne rendait pas cette obligation susceptible d'exécution partielle ; ce qui, d'après cet article, fait qu'elle est *indivisible*.

300. Mais l'indivisibilité dont il parle est seulement l'indivisibilité *quoad solutionem*, tandis que l'art. 1221 lui donne les effets de l'indivisibilité *quoad petitionem*, et semble même les lui donner *quoad damnationem*, en ne réservant pas à l'héritier assigné pour le tout, comme le fait l'article 1225, la faculté d'appeler en cause ses cohéritiers pour faire diviser entre eux et lui la condamnation ; et c'est quant à ce dernier point qu'il y a réellement difficulté grave, qu'il y aurait même contradiction évidente entre les diverses dispositions du Code, s'il en devait être ainsi.

Bien mieux, même en ce qui concerne seulement ce droit de poursuite pour le tout, il y a opposition formelle entre notre article 1221 et d'autres articles du Code. En effet, suivant l'art. 1672 (2), si l'acquéreur avec pacte de rachat a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré

(1) L. 85, § 4, ff. *de Verb. oblig.*

(2) Code de Hollande, art. 1567.

ne peut être exercée contre chacun d'eux pour sa part, dans le cas où la chose vendue est encore indivise, et dans celui où elle a été partagée entre eux. Seulement, s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose soit échue au lot de l'un des héritiers, l'action en réméré peut être exercée contre lui pour le tout. Et l'art 1685 applique ces dispositions à l'action en rescision pour cause de lésion. Cependant il est bien certain que celui qui a vendu une chose avec faculté de rachat n'a pas entendu qu'elle lui serait rendue par parties, de même que l'acheteur n'a pas entendu qu'elle pourrait lui être redemandée par l'un des héritiers du vendeur pour sa part, lorsque les autres ne voudraient point exercer le réméré : aussi sont-ils forcés de s'accorder, ou bien l'acheteur obtient congé de la demande. (Art. 1669 et 1670 combinés) (1).

Ainsi, ce cas de vente à réméré est évidemment compris dans le n° 5 de l'art. 1221, et non-seulement chacun des héritiers du débiteur, dans l'espèce, de l'acheteur, ne pourrait être condamné pour le tout, mais il ne peut même être poursuivit au delà de sa part, sauf la poursuite pour le tout contre celui auquel la chose est échue par le partage de la succession. Ici l'on a parfaitement adopté en tout point la doctrine de Pothier, tandis qu'en traitant des *obligations divisibles et indivisibles,* on l'a tronquée, en autorisant *la poursuite pour le tout contre chacun des héritiers du débiteur* dans des cas où l'obligation n'est indivisible, selon l'intention des contractants, et par la nature même de la chose qui en fait l'objet, que par rapport au payement seulement. On a fait plus encore : tantôt on a appelé ces mêmes obligations *indivisibles* (art. 1218), et tantôt on les a regardées comme divisibles. (Articles 1220 et 1221 combinés) (2). Enfin, en les considérant sous ce dernier rapport, on a donné l'action pour le tout contre chacun des héritiers, sans réserver à celui qui est poursuivi pour le total de la dette le droit de mettre en cause ses cohéritiers, tandis que cette faculté lui a été expressément accordée dans les obligations indivisibles. Et comme cet héritier prétendra, et pourra prétendre en effet, qu'il est tenu d'une obligation indivisible, d'après l'art. 1218, et en conséquence qu'il a le droit attribué à l'assigné pour le total, dans ces sortes d'obligations, par l'art. 1225, il résulte de là une antinomie dans la loi qui nous paraît insoluble, si le droit de *poursuite pour le tout,* que le créancier peut exercer contre chacun des héritiers dans les cas du n° 5 de l'art. 1221, emporte avec lui nécessairement le droit de faire *condamner pour le tout* l'héritier poursuivi, quoiqu'il demandât à mettre en cause ses cohéritiers, et qu'il ne fût pas le seul qui, à raison de la nature de l'engagement, pût l'exécuter. Ces difficultés n'existaient point dans les anciens principes.

301. Mais nous ne pensons pas qu'il en doive être ainsi : dès que les héritiers d'un débiteur à titre de dépôt, de prêt, de louage ou de gage, qui a fait périr la chose par sa faute, ne sont tenus des dommages-intérêts chacun que pour leur part héréditaire, parce qu'ils n'ont succédé chacun à son obligation que pour leur part; de même les héritiers de celui qui avait promis une chose indéterminée, comme un cheval en général, et qui est mort sans l'avoir livré, ne doivent être pareillement tenus que pour leur part héréditaire. Et si chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, d'après le texte de l'art. 1221, la condamnation du moins doit être divisée, si l'héritier poursuivi pour le tout met en cause ses cohéritiers. Et dans le cas même de vente d'un corps certain appartenant au vendeur, comme un fonds, si l'acheteur agit avant le partage de la succession, il ne peut poursuivre chacun des héritiers du vendeur que pour sa part héréditaire, conformément à l'article 1672. Après le partage, il peut poursuivre pour le tout l'héritier au lot duquel le fonds est échu, et les autres pour leur portion héréditaire seulement. Tel est, nous le croyons, l'esprit général de la loi; telle était aussi l'opinion de Dumoulin et de Pothier, dans les écrits desquels les rédacteurs du Code ont puisé les dispositions qui régissent la matière, et il n'est pas vraisemblable qu'ils aient voulu s'écarter totalement de la doctrine de ces auteurs.

Si l'on objectait que la division de la condamnation fera que le payement aura lieu par parties, contre l'intention des contractants, nous repon-

(1) Code de Hollande, art. 1564 et 1565.

(2) Code de Hollande, art. 1333, 1334 et 1335.

drions qu'il en eût bien été ainsi dans les anciens principes. Nous répondrions aussi que les divers héritiers pourront être condamnés aux dommages-intérêts envers le créancier, pour le préjudice que le défaut de payement en entier pourrait lui faire éprouver, qu'aucun d'eux ne pourra offrir sa part seulement; que les offres qu'il en ferait n'arrêteraient point le cours des intérêts, même pour sa part, si la dette produisait intérêt; qu'elles ne purgeraient pas la demeure en laquelle il aurait été constitué, et par conséquent n'empêcheraient pas la clause pénale de sortir son effet en son entier, si une peine avait été stipulée. Mais chacun d'eux ne devrait néanmoins être tenu de la dette, des intérêts ou des dommages-intérêts, et de la peine, que pour sa part seulement, attendu qu'il n'a succédé au défunt que pour cette part, et qu'il s'agit de l'inexécution de l'obligation du défunt. Enfin, dans les cas du nº 5 de notre article 1221, chacun des héritiers pourra bien être *poursuivi* pour le tout, puisque le texte de cet article est positif, mais ce sera sans préjudice de la faculté accordée par l'art. 1225, comme dans les obligations indivisibles, puisque d'ailleurs l'art. 1218 donne cette qualification aux engagements de ce même nº 5. Nous ne voyons pas d'autre manière de concilier les différentes dispositions du Code entre elles sur ces points, et de les mettre d'accord avec les vrais prncipes.

§ III.

Des effets de l'obligation indivisible.

SOMMAIRE.

302. *Chacun de ceux qui ont contracté une obligation indivisible, et chacun des héritiers de celui qui a contracté une obligation de cette sorte, en est tenu pour le tout.*

303. *Explication de Pothier sur les effets généraux de l'obligation indivisible entre les héritiers du débiteur.*

304. *L'héritier poursuivi pour le total peut mettre en cause ses cohéritiers, pour faire diviser la condamnation aux dommages-intérêts, à moins que, à raison de la nature de la dette, il ne pût seul l'acquitter suivant la teneur du contrat.*

305. *Dans ce cas-là même, il peut les appeler, mais seulement pour faire statuer sur son recours en garantie dans la même instance, s'il en avait un à exercer.*

306. *Divers cas d'obligations indivisibles à exécuter par les héritiers du débiteur.*

307. *L'héritier au lot duquel est échu le fonds que le défunt a grevé d'une servitude, peut être condamné à en souffrir l'exercice.*

308. Secus *dans le cas où ce fonds était à l'héritier, en supposant que celui-ci n'aurait pas consenti à la convention du défunt; alors il ne serait dû que des dommages-intérêts : conséquence.*

309. *Cas où le défunt s'était obligé à faire avoir à quelqu'un une servitude sur le fonds d'un tiers.*

310. *Cas où il avait promis une servitude sur un de ses fonds qui est encore possédé par indivis par ses héritiers au moment où le stipulant veut agir.*

311. *Cas enfin où l'obligation ne pouvant plus être exécutée selon sa teneur, il n'y a plus lieu qu'aux dommages-intérêts.*

312. *Texte de l'art. 1224 quant à l'étendue des droits de chacun des héritiers du créancier d'une obligation indivisible.*

313. *Chacun d'eux ne peut demander que sa part dans les dommages-intérêts.*

314. *Explication de l'une des dispositions de l'article ci-dessus.*

315. *Laquelle ne peut aujourd'hui s'appliquer à tous les cas d'obligation indivisible; en quel sens doit être entendue cette disposition dans certaines de ces obligations.*

316. *Renvoi à un numéro précédent quant à la prescription dans les obligations de cette sorte.*

302. Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement. (Art. 1222) (1).

Il en est de même des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation. (Art. 1223) (2).

303. Pothier a parfaitement développé, d'après Dumoulin, les effets de l'obligation indivisible proprement dite.

« Comme, dit-il, les débiteurs d'une dette

(1) Code de Hollande, art. 1337.

(2) Code de Hollande, art. 1338.

« indivisible ne doivent le total qu'à cause de la « qualité de la chose due, qui n'est pas suscep- « tible de parties, si l'obligation primitive vient « à se convertir en l'obligation secondaire d'une « chose divisible, ces débiteurs n'en seront tenus « chacun que pour leurs parts.

« Lorsque, dit-il encore, la dette est indivi- « sible, chacun des héritiers du débiteur étant « débiteur de la chose entière, il en résulte qu'on « peut donner la demande contre chacun des « héritiers pour la chose entière. Mais comme il « n'en est pas débiteur *totaliter*, qu'il ne l'est « que comme héritier en partie du débiteur, et « conjointement avec ses cohéritiers, il suit de « là qu'étant assigné, il peut demander un délai « pour appeler et mettre en cause ses cohéri- « tiers, et qu'il ne doit être condamné seul que « faute par lui de les avoir appelés en cause. »

304. Telle est la disposition de l'art. 1225 (1) ainsi conçu : « L'héritier assigné pour la totalité « de l'obligation peut demander un délai pour « mettre en cause ses cohéritiers, à moins (excep- « tion que Pothier apporte aussi ensuite à sa « décision) que la dette ne soit de nature à ne « pouvoir être acquittée que par l'héritier assi- « gné, qui peut alors être condamné seul, sauf « son recours en indemnité contre ses cohéri- « tiers. » Et il en est absolument de même du cas où la dette est indivisible entre plusieurs débiteurs originaires obligés conjointement, mais sans solidarité.

Ainsi, lorsque la dette n'est pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier ou le débiteur poursuivi seul pour l'exécution de l'obligation en son entier, et que le défendeur met en cause ses cohéritiers ou ses codébiteurs, la condamnation n'est pas prononcée contre lui seulement, elle l'est aussi contre les autres. Et comme la dette n'est point solidaire, cette condamnation ne doit être prononcée que divisément, pour la part de chacun, soit que l'obligation puisse être exécutée suivant sa teneur par tous, soit que, par quelque circonstance particulière, la chose n'étant pas possible, ou le créancier ne l'exigeant pas, il y ait lieu aux dommages-intérêts ; alors ces dommages-intérêts, comme chose divisible, doivent se répartir entre tous les héritiers, en proportion de leurs parts héréditaires, ou entre les débiteurs pour leur part virile. Dans ce cas, on n'applique point la règle : *Subrogatum sapit naturam rei in cujus locum subrogatum est;* car il est bien évident que les dommages-intérêts prennent ici la place de la chose qui était la matière de l'obligation, et cependant, bien que chacun des héritiers ou des débiteurs fût tenu de toute la dette, ne pouvant pas devoir une partie seulement dans une chose que l'on suppose n'être pas susceptible de parties (art. 1217) (2), et qu'à ce titre le défendeur ait pu être poursuivi pour le tout, néanmoins il ne subit la condamnation pour ces mêmes dommages-intérêts que pour sa portion, s'il a d'ailleurs usé de la faculté que lui donne la loi de mettre en cause ses cohéritiers ou ses codébiteurs, parce que la dette n'était pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui.

En effet, il n'était tenu du total de cette dette que *ex necessitate,* et non à raison de son obligation personnelle ou de sa qualité d'héritier, puisqu'il ne s'était point obligé seul, mais conjointement avec d'autres et sans solidarité, ou comme ayant succédé au débiteur pour partie seulement; or, lorsque cette nécessité disparaît, lorsque la condamnation a lieu pour les dommages-intérêts, comme ces dommages-intérêts, qui consistent en une somme, sont chose très-divisible, on rentre alors dans les cas ordinaires, et chacun des héritiers ou des débiteurs mis en cause n'en doit supporter que sa part.

305. Il faut toutefois remarquer que, bien que l'art. 1225 paraisse ne pas accorder à l'héritier, poursuivi pour le tout, la faculté de demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, lorsque, à raison de la nature de la dette, il est le seul qui puisse l'acquitter, néanmoins cette exception à la règle générale doit être entendue en ce sens, qu'il ne peut, dans ce cas, les appeler pour faire diviser la condamnation entre eux et lui, mais rien n'empêche d'ailleurs qu'il ne puisse les appeler en garantie, si la garantie lui est due, afin de faire ainsi statuer sur son recours dans la même instance, et surtout pour prévenir toute difficulté de leur part sur l'existence du droit du

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Code de Hollande, art. 1332.

tiers; car l'article 175 du Code de procédure donne indistinctement à tous ceux à qui la garantie est due un délai pour mettre en cause le garant.

306. Quant à l'effet des obligations indivisibles *in dando* ou *in faciendo*, par rapport aux héritiers du débiteur, Pothier, d'après Dumoulin, distingue trois cas.

Ou la dette, dit-il (nº 332), est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier poursuivi;

Ou elle est de nature à pouvoir être acquittée séparément, soit par celui qui est assigné, soit par chacun de ses cohéritiers;

Ou enfin elle est de nature à ne pouvoir l'être que par tous conjointement.

Il peut encore se présenter un autre cas, celui où l'obligation n'est plus susceptible d'exécution, et où elle s'est convertie en celle de payer les dommages-intérêts : comme lorsque le défunt s'était chargé d'un mandat qu'il n'a point exécuté, et qu'il est résulté de là un préjudice pour le mandant, par exemple, le défaut de renouvellement d'une inscription hypothécaire en temps utile.

307. On peut donner pour exemple du premier cas, la dette d'une servitude que le défunt a promise sur l'un de ses fonds, qui est échu par le partage de sa succession à l'un de ses héritiers contre lequel la demande est formée. C'est le cas de l'exception prévue à notre article 1225.

308. Mais si le fonds sur lequel il a promis cette servitude appartenait à l'héritier poursuivi, qui n'a point consenti à la convention, cet héritier, quoiqu'il pût seul l'exécuter, ne devrait cependant être condamné qu'aux dommages-intérêts, s'il ne voulait pas souffrir l'exercice de la servitude; et s'il mettait en cause ses cohéritiers, il ne devrait être condamné que pour sa part, car ce ne serait point en sa qualité d'héritier et *propter hæreditatem* qu'il pourrait seul exécuter l'obligation du défunt; or, c'est dans la supposition de ce cas qu'est conçue la disposition exceptionnelle de cet article, ainsi que nous l'avons déjà dit *supra*, nºs 265 et 285, dans l'espèce d'une vente faite par le défunt de la chose de l'un de ses héritiers sans la participation de celui-ci, et où nous citons à l'appui de cette décision la loi 86, § 3, ff. *de Legatis* 1º, et Pothier, nº 303 de son Traité *des Obligations*. Et si l'héritier consentait à l'exercice de la servitude, il aurait droit à une indemnité de la part de ses cohéritiers, eu égard à la dépréciation de son fonds.

309. On peut donner pour exemple du second cas celui où le défunt s'était obligé envers quelqu'un à lui faire avoir un droit de servitude sur le fond d'un tiers; car c'est une chose possible, au moins *natura*, aux héritiers du débiteur de s'accorder avec le propriétaire du fonds pour qu'il ratifie la promesse, en consentant à l'exercice de la servitude. S'il n'y consent pas, chacun des héritiers peut être poursuivi pour le total, et tous peuvent l'être conjointement. Mais si le créancier se contente d'en poursuivre un seul, celui-ci peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, afin de faire diviser entre eux et lui la condamnation aux dommages-intérêts; si l'héritier poursuivi n'usait pas de cette faculté, il serait condamné seul, et pour le total, sauf son recours en indemnité.

On peut en dire autant des obligations de faire une chose considérée dans le contrat comme indivisible, par exemple un théâtre, un navire, en observant toutefois que si le défunt ne s'était obligé qu'en qualité d'architecte, d'ouvrier ou d'entrepreneur, comme le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier (art. 1795 (1)), il n'y aurait plus lieu à examiner comment sont tenus ses héritiers; à moins cependant qu'il n'eût été en demeure de remplir son engagement, cas qui rentre dans la quatrième supposition que nous avons faite, et sur laquelle nous allons nous expliquer tout à l'heure.

310. Pothier donne comme exemple du troisième cas celui où une servitude a été promise par le défunt sur un de ses fonds qui n'est point encore divisé entre les héritiers au moment où celui à qui la servitude est due, et qui ne l'a

(1) Code de Hollande, art. 1303

point encore exercée, se propose de former sa demande : alors, dit cet auteur, ils doivent s'accorder pour faire la délivrance du droit, c'est-à-dire consentir tous à ce que le stipulant exerce la servitude (1) : s'ils ne s'accordent pas, chacun peut être poursuivi pour le tout, puisque la chose n'est pas susceptible de parties ; mais celui qui serait attaqué seul aurait le droit d'appeler en cause ses cohéritiers, et le demandeur, s'il tenait à avoir la servitude, plutôt que les dommages-intérêts, aurait même intérêt à les y mettre, afin que le jugement fût obligatoire pour eux, dans le cas où le fonds viendrait à leur échoir par le partage ou une licitation ; car autrement ils pourraient prétendre, en vertu de l'art. 883 du Code civil et 474 du Code de procédure, combinés, qu'ils n'ont été parties ni présentes ni représentées dans l'instance, et en conséquence qu'ils sont en droit de former tierce opposition au jugement.

Au reste, ceux des cohéritiers mis en cause ou intervenants qui déclareraient ne point s'opposer à l'exercice de la servitude, ne devraient être condamnés à aucuns dommages-intérêts, ni frais; car, disent Dumoulin et Pothier sur ce cas, celui qui offre n'est pas en demeure.

Toutefois ils modifient leur décision dans le cas où il y aurait une peine stipulée pour défaut d'exécution de la promesse : alors la contravention d'un seul ferait encourir la peine à tous : au contrevenant pour le tout, et aux autres pour leur part, sauf leur recours. Ces derniers en seraient tenus *tanquam ex eventu conditionis;* et telle est la disposition de l'art. 1232 (2). Nous reviendrons sur ce point.

311. Enfin sur la quatrième hypothèse, celle où l'obligation indivisible à raison du rapport sous lequel elle a été considérée n'est plus susceptible d'exécution de la part des héritiers du débiteur, on peut donner pour exemple le cas où celui-ci s'était chargé d'un mandat qui ne pouvait être rempli utilement pour le mandant, que dans un certain temps qu'il a laissé passer sans exécuter le mandat; le cas aussi où un architecte ou un artiste dont le talent particulier avait été la considération principale du contrat a été en demeure d'exécuter son engagement, qui en effet n'a point été exécuté.

Dans ces cas, et autres analogues, si l'on s'attache aux dispositions des articles 1217, 1222 et 1223 (3) combinés, le créancier peut poursuivre pour le total chacun des héritiers du débiteur ; mais aussi, en rapprochant de ces mêmes articles l'art. 1225, l'héritier poursuivi pour le tout a le droit de mettre en cause ses cohéritiers, non pas uniquement à raison de la garantie qui lui serait due, et pour faire statuer sur cette garantie dans la même instance, car tel n'est pas le sens de cet article, mais pour faire diviser entre eux et lui la condamnation aux dommages-intérêts, seule chose à laquelle, dans l'espèce, puisse prétendre le créancier. L'héritier poursuivi n'est pas en effet le seul qui, à raison de la nature de la dette, puisse l'acquitter ; il ne le peut pas plus que les autres, ce qui rend par conséquent applicable la disposition principale de cet article.

Que si le créancier, se fondant sur ce que l'obligation dont il s'agit dans ces cas se trouve comprise dans le nº 5 de l'art. 1221, prétendait avoir le droit de poursuivre chacun des héritiers pour le tout, sans que l'héritier poursuivi pût mettre en cause ses cohéritiers pour faire diviser la condamnation aux dommages-intérêts, attendu que cet article ne consacre point cette faculté, on lui répondrait par ce qui a été dit sur ce point au paragraphe précédent, et qu'il est inutile de répéter ici.

Enfin, si les héritiers eux-mêmes soutenaient, comme ils l'auraient pu assurément dans les anciens principes, qu'ayant succédé au défunt seulement chacun pour une part, ils ne doivent pouvoir être poursuivis chacun que pour cette part, on leur dirait que le Code, en ce point, a évidemment modifié le droit ancien. L'art 1221 ne permet pas en effet le moindre doute à ce sujet; car il est bien certain que les obligations maintenant en question sont renfermées dans celles dont parle le nº 5 de cet article, et ce sont d'ailleurs les mêmes que celles que l'article 1218 qualifie indivisibles ; or, dans les obli-

(1) *Voyez* les lois 2, ff. *de Servit.*, et 18, ff. *Commun. prædior. tam. urb. quam rust.*

(2) Code de Hollande, art. 1346.

(3) Ibid., art. 1332, 1337 et 1333.

gations indivisibles, chacun des débiteurs ou chacun des héritiers du débiteur, peut être poursuivi pour le tout, et il doit même être condamné pour le total s'il n'use pas de la faculté accordée par l'art. 1225.

312. Voyons maintenant les effets de l'obligation indivisible par rapport aux divers créanciers, ou aux divers héritiers du créancier.

Suivant l'art. 1224 (1), « chaque héritier du « créancier peut exiger en totalité l'exécution de « l'obligation indivisible.

« Il ne peut seul faire la remise de la totalité de « la dette; il ne peut recevoir seul le prix au lieu « de la chose. Si l'un des héritiers a seul remis « la dette ou reçu le prix de la chose, son co- « héritier ne peut demander la chose indivisible « qu'en tenant compte de la portion du cohéritier « qui a fait la remise ou qui a reçu le prix. »

On sent qu'il en est de même, dans tous ces cas, à l'égard de l'obligation indivisible contractée au profit de plusieurs personnes originairement, par exemple, s'il a été promis une servitude à deux copropriétaires du même fonds.

313. Mais si, par suite de l'inexécution *in specie* de l'obligation indivisible, cette obligation se convertit en dommages-intérêts, le demandeur ne peut prétendre qu'à sa part dans la somme. L. 25, § 9, ff. *Familiæ ercisc.* Par exemple, s'il est copropriétaire pour les trois quarts de l'immeuble au profit duquel un droit de servitude a été promis, et qu'il se contente des dommages-intérêts, ou qu'il soit forcé de s'en contenter parce que le fonds sur lequel la servitude a été promise n'appartiendrait pas au débiteur, il n'a droit qu'aux trois quarts de la somme à laquelle serait estimée l'indemnité.

Il en serait de même s'il traitait de gré à gré de la servitude; mais cet arrangement, non plus que la remise de la servitude, ne devant point préjudicier aux droits du copropriétaire ou cohéritier, celui-ci pourrait encore la réclamer, si elle avait été promise sur un fonds appartenant au débiteur.

314. Toutefois, si l'on appliquait à ce cas la disposition de l'art. 1224, il ne le pourrait qu'à la charge de faire raison au débiteur de la portion du cohéritier dans le prix de la servitude, remise à titre onéreux ou gratuit; et telle était en effet la doctrine de Dumoulin, qui s'exprimait ainsi sur ce cas : *Stipulator servitutis reliquit duos hæredes, quorum unus accepto fecit promissori : debet alteri hæredum totam servitutem, sed non totaliter, utpote deducenda æstimatione dimidiæ partis. Sed cujus est electio? Breviter dico creditoris, videlicet alterius hæredis, quia cohæres etiam vendendo et pretium recipiendo nocere ei non potuit, nisi in refusione pretii, si hic hæres noluit jus suum vendere : igitur gratis remittendo non potest in plus nocere. Molin.* p. III, n° 189. Et par ces mots, *nisi in refusione pretii*, il faut entendre la portion de celui qui a fait la remise ou la vente, dans le prix de la servitude, en proportion de son droit dans le fonds dominant. On sent qu'il en devrait être de même du cas où le débiteur serait devenu héritier de l'un de ceux à qui la servitude était due, et, *vice versa*, du cas où l'un de ceux-ci serait devenu héritier du débiteur.

315. Mais, quant à cette obligation, pour celui des héritiers qui réclame la servitude après la vente ou remise qui en a été faite par son cohéritier, de faire raison au débiteur de la portion de ce dernier dans le prix ou estimation de la chose due, les principes modernes touchant la manière dont s'établissent les servitudes exigent une distinction que ne réclamait pas l'ancien droit, et que Dumoulin, en conséquence, n'a pas faite.

D'abord, il est certain que si la servitude était remise par celui des héritiers à qui est échu, par partage ou licitation, le fonds pour lequel elle avait été promise, tout serait terminé à cet égard. Cet héritier étant censé, d'après l'art. 883, avoir succédé seul et immédiatement à l'immeuble, et son cohéritier n'y avoir jamais eu de droit, celui-ci n'aurait plus d'action relativement à cette servitude. Et il serait indifférent qu'elle eût été ou non exercée avec le partage ou la licitation : aujourd'hui, d'après les art. 711 et 1138, par argument, la servitude se trouve affecter le fonds dès qu'elle a été régulièrement promise, suivant ce que nous avons démontré

(1) Code de Hollande, art. 1339.

au tome IV, n° 490, et au tome V, n° 472. En sorte qu'il n'y a plus de différence à faire maintenant entre le cas de la simple promesse d'une servitude non encore exercée ou livrée d'une manière quelconque, et le cas d'une servitude imposée par une quasi-tradition, délivrance ou exercice du droit, entre la servitude *tantum promissam*, et la servitude *impositam seu constitutam*. Dans tous les cas la servitude affecte le fonds dès qu'elle a été valablement consentie. D'où il suit que l'héritier auquel est échu l'immeuble l'a reçu du défunt avec le droit de servitude, et que le cohéritier n'a eu aucun droit quant à la promesse relative à cette même servitude. Le droit du défunt n'était point un simple droit de créance, comme il l'était dans les anciens principes tant que la servitude n'était point encore imposée sur le fonds par une tradition quelconque ; c'était un droit réel, faisant partie de son droit de propriété sur son immeuble, et c'est uniquement ce qu'il a transmis ; mais il ne l'a transmis qu'à celui à qui ce même immeuble est échu par le partage ou la licitation.

Il en eût été de même dans notre ancienne jurisprudence si la servitude eût déjà été exercée par le défunt ; il eût transmis à ses héritiers, non pas une simple créance quant à cet objet, mais son fonds avec le droit de servitude qui s'y trouvait attaché ; car le principe de l'art. 883 existait aussi dans notre ancienne jurisprudence.

Mais, et c'est dans cette hypothèse que raisonnait Dumoulin, si la servitude eût simplement été promise au défunt, si elle lui eût simplement été due, si elle n'avait point encore été exercée au moment de sa mort, en un mot, si elle ne fût pas encore devenue une *qualité* de son fonds, son droit n'eût été qu'une simple créance ; et la remise de cette créance au débiteur par l'un de ses héritiers n'eût pas empêché sans doute le cohéritier d'exercer l'action pour le tout, à cause de l'indivisibilité de la chose, mais il ne l'eût pu qu'à la charge de tenir compte au débiteur de la portion de son cohéritier dans l'estimation du droit, sauf à s'en faire faire raison à son tour par celui-ci sur l'action de partage, ce dernier profitant de la servitude comme s'il n'en eût pas été fait remise.

Au lieu qu'aujourd'hui, quand bien même la servitude n'aurait pas été exercée avant la mort du créancier, nous soutenons que celui de ses héritiers à qui le fonds est échu pourrait la réclamer, sans être obligé pour cela de rien rembourser au tiers à raison de la remise faite par son cohéritier. La disposition de l'art. 1224, relative au remboursement, ne serait point applicable à ce cas; l'art. 883 s'y opposerait, sauf au tiers à intervenir dans le partage pour la conservation de ses intérêts, et sauf aussi, s'il y avait lieu, son recours contre celui qui lui a fait remise de la servitude, dont il serait forcé de souffrir l'exercice.

Ce remboursement ne pourrait être exigé que dans le cas où l'héritier étranger à la remise exercerait l'action relative à la servitude avant le partage de la succession ; alors nous croyons en effet qu'il devrait tenir compte au débiteur de la portion du cohéritier dans l'estimation de cette servitude, eu égard à la part de celui-ci dans le fonds commun; sauf à se faire faire raison à son tour par ce dernier du montant de ce qu'il aurait été forcé de débourser à ce sujet. On ne s'attacherait pas, du reste, nécessairement au prix qu'aurait payé le débiteur pour se faire tenir quitte, si ce prix était trop élevé ; on ferait l'estimation en raison de la plus value que la servitude donnerait au fonds dominant, et non en raison de la dépréciation qu'elle causerait à l'immeuble assujetti. Car c'est cette plus value seulement qui est relative à l'héritier ou copropriétaire qui veut la servitude pour le fonds commun.

Et ce n'est pas seulement dans les cas de servitude due à une personne qui a laissé plusieurs héritiers qu'est applicable la disposition de notre art. 1224, dans la faculté qu'il accorde à l'un de ces héritiers d'exiger la chose indivisible, nonobstant la remise faite par le cohéritier de son droit dans cette chose, ou la décharge qu'il a donnée au débiteur moyennant un prix ; elle s'applique aussi aux cas où l'obligation est de faire quelque chose considérée comme indivisible par les contractants, tel qu'un théâtre, une maison, ainsi qu'aux obligations de donner un corps certain ou indéterminé non susceptible de division naturelle, comme tel cheval ou un cheval en général. Mais dans quel sens est-elle applicable ? C'est, comme le dit l'article, à la charge pour l'héritier qui réclame l'exécution de l'obligation, de tenir compte au débiteur de la portion du cohéritier

qui lui a fait la remise ou qui a reçu le prix : c'est-à-dire qu'il pourra demander que le théâtre ou la maison soit construit, ou que le cheval soit livré, enfin qu'il ait dans l'objet une part en proportion de sa part héréditaire, et le débiteur le surplus, comme remplaçant l'héritier qui lui en a fait la remise. La communauté qui aurait existé entre les héritiers, existera entre l'un d'eux et le débiteur, et voilà tout. C'est ainsi qu'on tiendra compte à ce dernier de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou reçu le prix ; mais il n'y aura point de somme à lui compter pour cette portion ; sauf le cas d'arrangements entre les parties.

316. Quant à la prescription en matière d'obligations ou de droits indivisibles, nous en avons parlé plus haut, nos 266 et suivant.

SECTION VI.

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSE PÉNALE.

SOMMAIRE.

317. *Définition de la clause pénale.*
318. *Elle peut être convenue en toute espèce d'obligation.*
319. *Division générale de la matière.*

317. L'intérêt qu'a le créancier, à forcer, par la crainte d'une peine, le débiteur à remplir son engagement, et la difficulté qu'il éprouverait souvent à établir le montant des dommages-intérêts qui lui seraient dus à raison de l'inexécution de l'obligation (1), ont fait introduire la clause pénale. Le Code (art. 1226) (2) la définit « une clause « par laquelle une personne, pour assurer l'exé- « cution d'une convention, s'engage à quelque « chose en cas d'inexécution. »

Elle dispense ainsi le créancier d'établir le préjudice que lui a fait éprouver l'inaccomplissement de l'obligation ; elle est, comme le dit l'article 1229 (3), première partie, la compensation des dommages-intérêts, c'est-à-dire qu'elle en est la fixation et qu'elle en tient lieu (4).

318. La peine, ordinairement, consiste en une somme : et c'est le plus souvent pour assurer l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose qu'elle est stipulée. Mais elle peut aussi être convenue dans une obligation de donner, et consister en une autre chose qu'une somme, même en une chose tout à fait indivisible. Aussi l'article 1226 dit-il, d'une manière générale, que par cette clause le débiteur s'engage *à quelque chose* en cas d'inexécution.

319. Nous aurons à voir, sur la clause pénale :

1° Quelle est la nature de cette clause, et ses effets entre les parties ;

2° Quels sont ses effets par rapport aux héritiers du débiteur, soit que l'obligation principale soit divisible, soit qu'elle soit indivisible.

§ Ier.

De la nature de la clause pénale, et quels sont ses effets entre les parties.

SOMMAIRE.

320. *L'obligation pénale est une obligation secondaire, conditionnelle de sa nature.*
321. *Elle ne porte aucune atteinte à l'obligation principale.*
322. *Il ne faut pas la confondre avec la clause par laquelle quelqu'un se soumettrait à faire ou à donner telle chose, au cas où il ne ferait ou ne donnerait pas telle autre chose, et qu'on appelle obligation* facultative : *développements, et espèce tirée du droit romain.*
323. *Suite et autre espèce tirée du même droit.*
324. *Différence de l'obligation avec clause pénale, d'avec l'obligation alternative.*
325. *Exemple d'une véritable obligation avec clause pénale, tiré de la loi* 122, § 2, *ff.* de Verb. oblig.
326. *Autre exemple tiré de la loi* 71, *ff.* Pro socio.
327. Première règle : La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. *Exemple.*
328. *Mais si l'obligation principale, nulle par rapport à l'objet, pouvait néanmoins donner lieu à des dommages-intérêts, à cause du dol*

(1) *Plerumque difficilis probatio est quanti cujus interest.* L. 11, ff. *de Probat.*
(2) Code de Hollande, art. 1340.
(3) Ibid., art. 1343.

(4) *In hujusmodi stipulationibus quæ quanti res est promissionem habeat, commodius est certam summam comprehendere. Dicta lege* 11, et § 7, Instit. *de Verb. oblig.*

messe faite pour un tiers, qui l'a exécutée en partie.

361. *Quand la peine a été stipulée pour le simple retard, le plus ou moins de retard qu'a mis le débiteur à exécuter son engagement est indifférent en ce qui concerne la peine : il n'y a pas lieu à la réduire.*

362. *Application du principe aux obligations de faire un certain ouvrage qui n'a été exécuté qu'en partie.*

363. *Et à la promesse d'un droit de servitude.*

364. *Et à d'autres cas où ce qui serait l'objet de la peine serait aussi quelque autre chose de parfaitement indivisible.*

365. *Effets de la réserve faite par le créancier, en recevant un payement partiel, que la peine n'en sera pas moins due en totalité pour l'inexécution du surplus de l'obligation.*

320. L'obligation pénale est une obligation secondaire, conditionnelle de sa nature, parce que la peine n'est due qu'autant que la chose qui est l'objet de l'obligation principale n'est pas faite ou donnée.

321. Elle ne porte aucune atteinte à cette obligation; autrement, loin d'être stipulée pour en assurer l'exécution, elle serait au contraire convenue pour en prévenir l'accomplissement, ou en tenir lieu; ce qui n'est pas : d'où il suit que le créancier peut, en négligeant la peine, poursuivre l'exécution de l'obligation principale. (Article 1229) (1).

322. Aussi ne faut-il pas confondre avec l'obligation pénale, le cas où quelqu'un, en s'obligeant à faire ou à ne pas faire quelque chose, se soumettrait à payer une certaine somme en cas d'inexécution, dans l'intention que ce serait alors seulement cette somme qu'il devrait. Dans ce cas l'obligation ne serait point avec clause pénale, elle serait du nombre de celles qu'on nomme *facultatives*, non en ce sens qu'il dépendrait du débiteur d'être ou de ne pas être obligé, car alors il n'y aurait réellement point d'obligation, point de lien de droit (article 1174) (2), mais en ce sens que le débiteur obligé à faire ou à ne pas faire telle chose, pourrait se libérer en payant la somme.

En analysant l'art. 1152 (3), au tome précédent, nos 482 et suivants, nous avons déjà signalé cette différence. D'après cet article, « lorsque la « convention porte que celui qui manquera de « l'exécuter payera à l'autre une certaine somme, « à titre de dommages-intérêts, il ne peut être « alloué une somme plus forte ni moindre. » Nous avons dit que cette clause produit, en général, les effets de la clause pénale : car, comme dans cette dernière, la somme convenue en cas d'inexécution de l'obligation tient lieu des dommages-intérêts qui pourraient être dus au créancier ; dans l'une et l'autre clause, si l'obligation a été exécutée en partie, le juge peut réduire la somme convenue, et cette somme ne peut être demandée que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation ; dans les deux cas le créancier ne peut demander le principal et la somme ou la peine, à moins qu'elle n'eût été stipulée pour le simple retard ; la nullité de l'obligation principale entraînerait la nullité de la clause relative à la somme ou à la peine ; le débiteur serait libéré par la perte de la chose arrivée par cas fortuit et avant qu'il fût en demeure, ou par la force majeure qui l'aurait empêché de faire ce qu'il s'était obligé à faire, ou qui l'aurait contraint à faire ce qu'il s'était interdit; enfin le créancier, au lieu de demander la somme ou la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. Mais nous avons ajouté que, si les parties, en convenant d'une somme pour le cas d'inexécution de l'obligation, ont eu l'intention de convertir en cette somme l'obligation elle-même, par une sorte de novation éventuelle, à la volonté du débiteur, alors ce n'est plus une obligation avec clause pénale, et le créancier doit se contenter de la somme convenue, quand bien même la chose promise d'une manière principale pourrait être saisie, ou qu'il s'agirait d'un fait qui pourrait facilement être exécuté par un tiers, ou d'une obligation de ne pas faire une chose que le débiteur aurait faite et qui pourrait être détruite : l'art. 1228 cesse d'être applicable. L'obligation consiste bien toujours dans la chose ou le fait promis d'une manière

(1) Code de Hollande, art. 1343.
(2) Ibid., art. 1292.
(3) Code de Hollande, art. 1285.

principale, mais c'est avec faculté pour le débiteur de s'en libérer par le payement de la somme convenue.

A ce sujet nous avons cité la loi 44, § 6, ff. *de Oblig. et act.*, où le jurisconsulte Paul établit clairement cette doctrine, adoptée par Pothier dans son Traité *des Obligations*, nº 341. *Sed si navem fieri stipulatus sum,* dit ce texte, *et si non feceris, centum : videndum est utrum duæ stipulationes sint, pura, et conditionalis, et existens sequentis conditio, non tollat priorem; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.*

Le jurisconsulte se demande si la stipulation de la somme, faite pour le cas où le navire ne serait pas construit, ne doit pas être considérée comme une obligation secondaire et conditionnelle, qui ne porterait aucune atteinte à l'obligation relative à la construction du navire (ce qui était en général, dans le droit romain, comme dans notre droit, le caractère prédominant de l'obligation pénale); ou bien si cette obligation de construire le navire n'a pas été, dans l'intention des parties, transformée, *quasi novatione*, en celle qui a pour objet les cent, au cas où le navire ne serait pas construit? et il décide en ce dernier sens. Il parle d'une *sorte* de novation, *quasi novatio*, et non d'une novation proprement dite, parce que l'obligation de construire le navire n'a préexisté que d'un instant de raison celle relative à la somme : tandis que la novation ordinaire est l'extinction d'une obligation existante depuis plus ou moins de temps, par la substitution d'une nouvelle, qui l'efface en la remplaçant. Aussi y aurait-il eu moins de doute s'il y avait eu deux actes : on aurait facilement vu une novation à l'époque où Paul écrivait. Dans notre droit, où l'on a suivi la décision de Justinien, qui a voulu que la novation ne pût jamais se présumer (1), il y aurait également moins de difficulté dans le cas de deux conventions, mais toutefois en sens contraire; c'est-à-dire qu'il faudrait, pour qu'il y eût novation, que la volonté de l'opérer résultât clairement du nouvel acte. (Art. 1273) (2). Mais nous raisonnons dans l'hypothèse d'une même convention, et dans ce cas la question présente plus de difficulté. A cet égard, et ainsi que nous l'avons dit à l'endroit précité, lorsque l'intention des parties ne se montrera pas clairement par les termes de l'acte, alors la nature de l'objet de l'engagement pourra servir à l'interprétation de la volonté des contractants; et, en général, dans les obligations de faire quelque chose, comme le créancier savait qu'il ne pourrait contraindre le débiteur à la faire, et que celui-ci savait aussi qu'il ne pourrait être condamné qu'à des dommages-intérêts en cas d'inexécution; on devra incliner à penser que l'on a entendu convenir d'une indemnité pour tenir lieu de l'obligation principale, quoiqu'elle pût être exécutée par un tiers; et à plus forte raison dans le cas où elle consisterait dans un fait personnel à l'obligé, puisque, dans cette dernière hypothèse, lors même que la clause serait vraiment pénale, le créancier serait obligé de se contenter de la peine, ainsi que nous le démontrerons bientôt. Il en serait de même en général aussi dans les obligations de ne pas faire, surtout dans celles de cette espèce où le créancier ne pourrait faire détruire ce qui aurait été fait en contravention à l'engagement, parce que cela ne serait pas possible. Mais dans les obligations de donner, on devrait au contraire incliner à ne pas voir une obligation facultative dans la clause, surtout lorsqu'il s'agirait d'une chose que le créancier pourrait facilement se faire remettre *manu militari*, comme un fonds, une maison. Dans ce cas il a dû plus facilement compter sur les moyens ordinaires d'exécution, et par conséquent avoir moins voulu se contenter de la somme, à la place de la chose qui fait la matière de l'obligation; il sera plus facilement censé n'avoir pas voulu porter atteinte à l'obligation principale par la clause, mais avoir voulu seulement la stipuler dans l'esprit d'une clause pénale, pour que le débiteur fût plus porté, par la crainte de la peine, à exécuter l'engagement suivant sa teneur.

323. Il n'y aurait pas de difficulté dans le cas du § 3 de la même loi 44, ff. *de Oblig. et act.*, où le jurisconsulte Paul suppose qu'une stipulation a été faite en ces termes : *Si ita stipulatus sim :* SI FUNDUM NON DEDERIS, CENTUM DARE SPONDES? *Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione*

(1) Loi dernière, au Code, *de Novationibus*.

(2) Code de Hollande, art. 1451.

fundus, et où il décide qu'il n'y a que la somme de comprise dans l'obligation ; que le fonds peut seulement servir à l'extinction de la dette. Car, dans cette espèce, il n'y a réellement qu'une obligation, au lieu que dans le cas de la clause pénale il y en a deux : une principale ou primitive, l'autre secondaire et conditionnelle. Dans l'espèce de cette loi, le créancier ne peut demander que la somme seulement ; mais le débiteur a la faculté de livrer le fonds pour se dispenser de payer cette somme, et même pour s'empêcher de la devoir. Son obligation quant à la somme est conditionnelle, c'est-à-dire pour le cas où il ne livrerait pas le fonds. Et comme ce fonds n'est point compris dans l'obligation, qu'il ne figure dans la convention que comme élément de la condition, sa perte arrivée même par cas fortuit et avant que le débiteur fût en demeure, par exemple, par le débordement d'un fleuve, ne dispenserait point celui-ci de payer la somme. Au lieu que si c'était le fonds lui-même qui fût l'objet de l'obligation, et la somme *in solutione tantum,* la perte du fonds entraînerait absolument l'extinction de la dette. Tel serait le cas où un testateur aurait dit : *Je lègue à Paul mon fonds, mais mon héritier pourra payer à la place la somme de* 10,000 *francs.* Tel serait aussi le cas où une convention porterait : *Je m'oblige à vous livrer ma maison, mais je pourrai me libérer par le payement de* 10,000 *francs.* Dans ces cas l'obligation ne serait point alternative, elle serait simplement du nombre de celles qu'on appelle *facultatives,* à moins qu'il ne résultât de l'ensemble de l'acte et des diverses circonstances de la cause, que le disposant ou les contractants ont, au contraire, entendu faire le legs ou la convention sous une alternative : alors la perte du fonds ou de la maison ne dispenserait pas de payer la somme. (Art. 1193) (1).

324. En cela l'obligation alternative diffère grandement aussi de l'obligation avec clause pénale : dans la première, les deux choses sont comprises d'une manière principale, et il faut qu'elles périssent toutes deux par cas fortuit pour que le débiteur soit libéré. Au lieu que dans la dernière, la chose ou la somme qui fait la matière de la clause pénale, ou de la peine, n'est comprise dans la convention que d'une manière secondaire, et conditionnellement, c'est-à-dire seulement pour le cas où l'obligation principale ne serait pas remplie, et pour tenir lieu des dommages-intérêts, si elle ne peut plus l'être, ou si le créancier ne l'exige pas ; or il n'est point dû de dommages-intérêts lorsque le débiteur n'a manqué de remplir son engagement que par suite d'une force majeure (art. 1148) (2) ; par conséquent la perte par cas fortuit de la chose due principalement libérerait le débiteur, même à l'égard de la chose promise à titre de peine, quoique cette chose existât encore.

325. La loi 122, § 2, ff. *de Verb. oblig.* nous offre l'exemple d'une véritable obligation avec clause pénale. Dans l'espèce de cette loi, Sempronius a donné à Titius un esclave pour l'affranchir, et il a stipulé de lui, à titre de peine, une certaine somme pour le cas où il n'affranchirait pas l'esclave. Le jurisconsulte Scœvola se demande si Sempronius peut agir pour l'affranchissement, et le faire opérer par les voies de droit, ou bien s'il doit se borner à demander la peine qu'il a stipulée pour le cas où l'esclave ne serait pas affranchi ; et Scœvola décide que Sempronius peut poursuivre l'affranchissement par les voies de droit ; ce qui est clairement reconnaître que la stipulation de la peine n'a porté aucune atteinte à la convention principale ou primitive, qui avait pour objet l'affranchissement de l'esclave donné.

326. La loi 71 *princip.* ff. *Pro socio* présente pareillement l'exemple d'un cas où la stipulation n'a nullement non plus changé l'obligation principale. Dans l'espèce de ce texte, deux individus s'associent pour enseigner les belles-lettres ; par leurs conventions ils règlent tout ce que chacun devra mettre en commun et faire ou s'abstenir de faire ; et ils terminent leur acte en stipulant chacun l'un de l'autre que tout ce qui a été convenu serait exécuté suivant la teneur des conventions, et que, dans le cas où il y serait contrevenu, le contrevenant payera à l'autre la somme de vingt mille sesterces : *Hæc quæ supra scripta sunt ea ita dari, fieri, neque adversus ea fieri : si ea ita*

(1) Code de Hollande, art. 1311.

(2) Code de Hollande, art. 1281.

data, facta non erunt, tum viginti millia dari. Le jurisconsulte Paul se demande si, les conventions n'ayant pas été exécutées suivant leur teneur, l'associé lésé peut agir par l'action *Pro socio,* ou bien s'il doit se borner à agir par l'action résultant de la stipulation, laquelle peut être moins avantageuse pour lui, puisque la somme stipulée peut être inférieure au préjudice éprouvé, et dont il obtiendrait l'entière réparation sur l'action du contrat de société; et Paul décide qu'il peut exercer cette dernière action, attendu que, dans l'espèce, l'obligation résultant des conventions touchant la société n'a point été éteinte par la stipulation; qu'il n'y a pas eu novation à cet égard, en un mot, que la stipulation, tout en rappelant les clauses de la société, n'avait pour objet qu'une peine, pour le cas où ces clauses ne seraient pas exécutées dans tout leur contenu, et non d'opérer une novation des conventions elles-mêmes. Mais si, après avoir agi par l'action *Pro socio,* et avoir ainsi obtenu l'indemnité due, l'associé voulait réclamer la peine par l'action de la stipulation, il serait déclaré non recevable *exceptione doli mali.* L. 28, ff. *de Act. empti et vend.*

PREMIÈRE RÈGLE : *La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.*

527. La clause pénale étant la compensation des dommages-intérêts auxquels a droit le créancier, à raison du préjudice que lui fait éprouver l'inexécution de l'obligation principale, il est clair que lorsque cette obligation elle-même est nulle, la clause pénale l'est également (art. 1227) (1); car il ne peut être dû de dommages-intérêts pour l'inexécution d'une obligation que l'on n'était point tenu d'exécuter. La peine est un accessoire, qui tombe par cela même avec le principal, parce que sans principal il n'y a pas d'accessoires (2).

De là si j'ai stipulé une chose qui n'était pas dans le commerce, par exemple si j'ai acheté un certain cheval qui se trouvait mort au moment de la stipulation, circonstance qu'ignorait le vendeur ainsi que moi, et que j'aie aussi stipulé une peine en cas d'inexécution de l'obligation de me livrer ce cheval, la vente est nulle d'après l'art. 1601 (3), et la clause pénale l'est pareillement suivant la loi 69, ff. *de Verb. oblig.* Le vendeur serait seulement obligé de restituer le prix, s'il l'avait reçu (4).

C'est là une notable différence d'avec l'obligation alternative, qui n'est pas moins valable quoique l'une des deux choses qui y sont comprises se trouvât détruite ou hors du commerce pour autre cause au moment de la convention; car l'obligation aurait encore l'autre chose pour objet (Art. 1193.) Au lieu que dans l'espèce de l'obligation avec clause pénale, la peine n'est comprise dans l'obligation que secondairement, et conditionnellement, suivant ce qui a été dit plus haut.

528. Toutefois, si l'obligation principale, nulle par rapport à la chose qui en fait la matière, pouvait donner lieu aux dommages-intérêts du créancier, à raison du dol de celui qui a fait la promesse, la clause pénale produirait tous ses effets. Tel serait le cas où, dans l'espèce ci-dessus, le vendeur aurait su au moment où il me promettait le cheval, que ce cheval était mort, quand j'ignorais moi-même cette circonstance. Tel serait aussi le cas où, dans les colonies, quelqu'un me promettrait un nègre libre, sachant qu'il est libre et moi l'ignorant, et se soumettrait à me payer une somme à titre de peine, ou même simplement à titre de dommages-intérêts, pour le cas où il ne me livrerait pas ce nègre : la vente assurément serait nulle par rapport à la chose qui en ferait l'objet, mais le dol du vendeur donnerait lieu aux dommages-intérêts (5) : il ferait considérer la vente comme valable (6); par conséquent la clause pénale, qui les représente, serait valable aussi; car, lors même qu'elle n'eût pas été convenue, je n'aurais pas moins eu droit à être indemnisé du préjudice résultant pour moi de l'inexécution du contrat que j'ai entendu former.

529. Mais comme les promesses de mariage n'assujettissent point civilement ceux qui les ont faites, à les remplir, qu'elles sont nulles sous le

(1) Code de Hollande, art. 1341.

(2) L. 129, § 1. ff. *de Regul. juris.*

(3) Code de Hollande, art. 1508.

(4) L. 57, *princip.* ff. *de Contrah. empt.*, et argument de la loi 33, ff. *Locati.*

(5) § 5, Instit. *de Empt. vendit.*

(6) *Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest,* EMPTIO INTELLIGITUR, *si ab ignorante emitur.* L. 4, ff. *de Contrah. empt.;* et L. 62, § 1, *eod. tit.*

rapport du droit civil, en tant qu'elles ne produisent pas d'action efficace, parce que le mariage doit être contracté librement au moment où il se contracte, par cela même, les clauses pénales (ou *dédit*) attachées à ces sortes de promesses sont nulles et sans effet (1), suivant ce qui a été démontré au tome précédent, en traitant de *l'Objet et de la Matière des Conventions*, chapitre II, sect, 5, n°s 319 et *seq.* Chacune des parties sachant ou devant savoir que la promesse principale elle-même est sans effet, doit savoir aussi que la clause pénale l'est pareillement. Cette clause est sans cause dès qu'elle n'en a qu'une non obligatoire. Ce point, contesté par quelques-uns, a été clairement établi à l'endroit précité (2). Et il n'y a aucune distinction à faire entre les promesses faites par les parents d'unir leurs enfants, et celles faites par les enfants eux-mêmes.

330. Cependant, quoique en principe la stipulation faite pour autrui soit nulle (art. 1119), comme péchant par défaut d'intérêt pour le stipulant, et par conséqunt par défaut de lien, néanmoins, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent, (n° 277), si le stipulant y a joint une peine pour lui, au cas où la chose stipulée au profit du tiers ne serait pas faite ou donnée, alors, ce cas échéant, la clause pénale a effet (3). C'est comme s'il avait été dit : *Promettez-vous de me donner cent francs, si vous ne faites pas telle chose pour Paul?* Il n'y a même en réalité qu'une seule obligation dans ce cas, et c'est celle qui a pour objet les cent francs : la chose stipulée au profit de Paul est seulement l'objet de la condition de cette obligation ; aussi n'est-ce pas à proprement parler une exception à la règle qu'on ne peut stipuler pour autrui, ni à cette autre règle, que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de l'obligation pénale, comme a paru le croire Pothier, n° 339 de son Traité *des Obligations*.

Mais si la stipulation au profit du tiers avec clause pénale était valable même en ce qui concernerait le tiers, comme étant faite dans un des cas où, par exception, l'on peut valablement stipuler pour autrui, parce que l'on a soi-même intérêt à l'exécution de la promesse faite en apparence pour le tiers, ou qu'elle est la condition d'une autre stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre (art. 1121); alors il y aurait deux obligations : une principale, et qui serait acquise au tiers du moment qu'il aurait déclaré vouloir en profiter (*ibid.*) ; l'autre secondaire ou pénale, conditionnelle de sa nature, c'est-à-dire pour le cas où celle au profit du tiers ne serait pas exécutée.

331. En sens inverse, si je promets le fait d'un tiers, sans me porter fort pour lui, en thèse générale (4) je ne suis point obligé ; mais si j'ai aussi promis de payer une peine pour le cas où le tiers ne ferait pas la chose, cette promesse est très-valable, et elle recevra son effet si la condition sous laquelle elle a été consentie se réalise, c'est-à-dire si le tiers ne fait pas la chose (5).

332. Enfin, quoique la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de l'obligation pénale, cela n'est vrai néanmoins qu'autant que les deux obligations se trouvent dans le même acte, ou bien que, étant dans des actes différents, l'obligation principale ne pouvait être ratifiée. De là, si j'ai traité avec un incapable, et qu'en temps de capacité il passe avec moi un acte confirmatif de son engagement, en se soumettant à une peine au cas où, au mépris de cet acte de confirmation, il reviendrait contre la convention primitive, cette obligation pénale est parfaitement valable, et elle produira son effet si celui qui l'a consentie revient contre l'acte confirmé, en se refusant ainsi à exécuter l'acte confirmatif (6).

Il en serait de même si la première obligation était susceptible d'être annulée pour vice de violence, d'erreur ou de dol ; mais si elle était contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, si elle n'avait qu'une cause honteuse ou illicite, ou si elle n'avait aucune cause, la convention faite après coup et avec clause pénale pour en assurer l'exécution, ne serait pas plus valable que si la clause

(1) L. 134, ff. *de Verb. oblig.*

(2) *Voyez* aussi au *Répertoire* de M. Merlin, v° *Peine contractuelle*, § 1, les autorités citées par cet auteur à l'appui de cette décision.

(3) § 18 (*alias* 19) Instit. *de Inutil. stipul.*

(4) *Voyez* pour le principe et les exceptions qu'il souffre, tome précédent, chap. II, sect. 1re, § 5.

(5) § 19 (*alias* 20), Instit. *de Inutil. stipul.*

(6) Pothier, *des Obligations*, n° 343.

pénale avait été insérée dans l'acte même qui renferme cette obligation nulle ou illicite ; car on ne peut confirmer valablement une semblable obligation, ni en assurer d'aucune manière l'exécution ; or la clause pénale n'a pas d'autre objet. Et il faut se rappeler ce que nous avons dit plusieurs fois (1), que la condition ne tient pas lieu de cause à l'obligation ; par conséquent la clause pénale jointe, sous la forme d'une condition, à une obligation réellement dépourvue de cause, ou une obligation pénale consentie après coup pour assurer l'exécution d'une pareille obligation, est nulle elle-même, comme convenue pour assurer l'effet d'un consentement qui n'est point obligatoire.

333. Au reste, dans les cas où le premier acte pouvait être confirmé, il importe de distinguer la manière dont le second a été conçu, de voir s'il contient réellement une confirmation du premier, ou s'il se borne simplement à la promesse d'une peine pour le cas où le débiteur ne l'exécuterait pas.

Dans la première hypothèse, le créancier a le choix de s'en tenir au second acte, en renonçant à la peine, ou de demander la peine, en renonçant au bénéfice résultant de la ratification du premier acte ; mais, en principe, il est obligé d'opter conformément à l'art. 1229 (2), deuxième disposition, que nous allons bientôt expliquer, et conformément aussi à la loi 10. § 1, ff. *de Pactis* (3) ; sauf toutefois ce que nous dirons pour le cas où il aurait en même temps le droit de conserver ce que lui a procuré le premier acte, et qu'il posséderait, et de demander aussi la peine, parce que telle aurait été l'intention des parties en passant le second acte, voulant, par la stipulation de cette peine, non-seulement maintenir les choses dans leur état actuel, mais encore prévenir un procès. Mais pour que le second acte soit un acte de confirmation ou de ratification, il faut qu'il réunisse les conditions voulues pas l'article 1338 (4), c'est-à-dire que l'on y trouve la substance de l'obligation confirmée, la mention du motif de l'action en rescision ou en nullité, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action était fondée.

Au lieu que si ce second acte ne réunit pas toutes ces conditions, exigées pour prévenir les surprises, s'il se borne simplement à la promesse d'une peine, faite par le débiteur pour le cas où il reviendrait contre l'acte en date de tel jour..., qu'il a déjà exécuté, ou pour le cas où il se refuserait à l'exécuter si cela n'a pas encore eu lieu, alors cet acte n'est point un acte confirmatif proprement dit, d'après l'art. 1338, parce qu'il ne fait pas mention du motif de l'action en nullité dont était entachée la première obligation, ni de la substance même de cette obligation ; il est valable, sans doute, mais comme contenant une obligation pénale : en conséquence, le créancier n'a pas le choix, comme dans le cas précédent ; il ne peut demander que la peine, si le débiteur se refuse à exécuter la première obligation, ou revient contre, l'ayant exécutée en état d'incapacité ou pendant la violence, ou avant la découverte du dol ou de l'erreur.

DEUXIÈME RÈGLE : *La nullité de la clause pénale n'entraîne pas la nullité de l'obligation principale.*

334. L'accessoire ne peut subsister sans principal, mais le principal peut très-bien subsister sans l'accessoire : d'où il suit que la nullité de la clause pénale n'entraîne point la nullité de l'obligation principale. (Art. 1227) (5).

Si donc l'objet de la clause pénale n'est point dans le commerce, ou avait cessé d'y être, ou si c'est un fait impossible, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, cette clause sera réputée non avenue, mais l'obligation principale n'en aura pas moins son effet, si d'ailleurs elle est valable par elle-même. C'est le cas de la règle : *Utile per inutile non vitiatur.*

De là, si l'objet de la clause pénale est un cheval qui se trouvait mort au moment de la convention, la clause pénale est bien nulle, mais l'obligation principale n'en reste pas moins valable : c'est comme si elle avait été contractée purement et simplement.

Telle est aussi la décision des lois romaines : *Si stipulatus fuero* TE SISTI (*in judicio*), ET NISI STETERIS, HIPPOCENTAURUM DARI ? *Proinde erit at-*

(1) *Supra*, n° 26, et tome précédent, n° 360.
(2) Code de Hollande, art. 1343.
(3) Pothier, *des Obligations*.
(4) Code de Hollande, art. 1929.
(5) Ibid., art. 1341.

que te sisti solummodo stipulatus essem. L. 97, *princip.*, ff. *de Verb. oblig.*

Troisième règle : *Le créancier, au lieu de demander la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.*

335. La clause pénale n'est ajoutée à l'obligation principale que pour en assurer l'exécution, et non pour la détruire et la remplacer. Il suit de là que le créancier a le droit de poursuivre l'exécution de cette obligation, en négligeant de demander la peine (art. 1228) (1) ; car chacun peut renoncer à ce qui a été établi seulement en sa faveur. C'est ce que décidaient aussi les lois romaines de la manière la plus positive (2).

Autre chose serait, comme nous l'avons dit plus haut, de la clause par laquelle les parties, en convenant d'une somme pour le cas où l'obligation ne serait pas exécutée, auraient eu l'intention de convertir l'objet de l'obligation elle-même en cette somme, ce cas échéant, comme dans l'espèce du § 6 de la loi 44, ff. *de Obl. et Act.*, cité au même endroit. Mais alors ce ne serait plus une obligation avec clause pénale ; ce serait une obligation unique, ayant la somme pour objet, et conditionnellement, c'est-à-dire pour le cas où le débiteur ne ferait pas la chose mentionnée dans l'acte, chose qu'il pourrait faire ou ne pas faire, à sa volonté. L'engagement aurait alors le caractère d'une obligation du nombre de celles qu'on appelle *facultatives*, en ce que le débiteur pourrait se dispenser de payer la somme, en faisant la chose mentionnée dans la convention, non comme objet de l'obligation, mais comme objet de la condition. Au lieu que nous raisonnons ici dans l'hypothèse d'une véritable clause pénale, d'une obligation jointe à une première, pour en assurer l'exécution, et non pour la remplacer, au gré du débiteur. Dans ce cas, la clause ne porte aucune atteinte à l'obligation à laquelle elle est jointe, obligation qu'on appelle pour cela principale (art. 1227 et 1228), ou primitive (art. 1230) (3), parce qu'elle précède la clause pénale, soit qu'il n'y ait qu'un acte, soit qu'il y en ait deux, et parce que sans elle on ne peut concevoir d'obligation pénale.

336. *Vice versa*, lorsque la peine est encourue (et elle ne l'est que lorsque le débiteur est en demeure de remplir l'obligation principale (art. 1230), ainsi que nous le dirons tout à l'heure), le créancier peut négliger de poursuivre l'exécution de l'obligation principale et demander la peine, puisqu'il l'a stipulée dans cette vue : il a le choix, suivant la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*. Nous verrons plus bas les cas où il peut exiger l'un et l'autre, par exception au principe consacré par l'art. 1229, second alinéa.

337. Du principe que, dans les obligations avec clause pénale, le créancier, au lieu de demander la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale, il suit que, en optant pour ce parti, si l'obligation est de donner une certaine chose, il a le droit de se la faire délivrer, s'il peut la faire saisir, et de se refuser à recevoir la peine à la place. En conséquence, si c'est un immeuble, il peut se le faire délivrer par les voies judiciaires, dans le cas où le débiteur n'en voudrait pas faire la délivrance à l'amiable ; et si c'est un meuble, il peut le faire saisir entre les mains du débiteur, s'il l'y trouve, et même entre les mains d'un tiers qui n'en aurait la possession que de mauvaise foi. (Art. 1141) (4). Si c'est une obligation de ne pas faire quelque chose que le débiteur a néanmoins faite, le créancier peut se faire autoriser à détruire, aux dépens du débiteur, ce que celui-ci a fait en contravention à l'engagement. (Art. 1143) (5). Et enfin si c'est une obligation de faire quelque chose, que le débiteur ne veut pas faire, et qui peut être faite par un tiers, le créancier peut également se faire autoriser à faire faire la chose aux dépens du débiteur (art. 1144) (6) ; car il aurait les mêmes droits, dans ces divers cas, en l'absence de la clause pénale ; or, cette clause ne porte aucune atteinte à l'obligation principale ; la loi le reconnaît elle-même, puisqu'elle donne au

(1) Code de Hollande, art. 1342.
(2) LL. 41 et 42, ff. *Pro socio* ; L. 28, ff. *de Act. empti et venditi* ; L. 10, § 1, ff. *de Pactis*.
(3) Code de Hollande, art. 1344.
(4) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.
(5) Code de Hollande, art. 1276.
(6) Ibid., art. 1277.

créancier le droit de poursuivre l'exécution de cette obligation, en négligeant de demander la peine.

338. Mais s'il s'agit d'une obligation qui ne peut être exécutée que par le débiteur lui-même, ou qui ne peut l'être *manu militari*, *vel in specie*, par exemple, la dette d'un meuble qu'il cache ou qu'il a fait périr, ou qu'il a vendu à un tiers de bonne foi; ou bien une obligation de ne pas faire quelque chose qu'il a faite et qui ne pourrait plus être détruite, ou enfin l'obligation de faire quelque chose qui ne pourrait être faite que par lui : dans ces divers cas, le créancier est bien obligé de recourir à la peine.

339. Mais est-il obligé de se contenter, pour tous dommages-intérêts, de la somme ou de la chose qu'il a stipulée à titre de peine, quand bien même le préjudice souffert s'élèverait au delà, et qu'il offrirait de le prouver clairement?

Et, *vice versa*, s'il poursuit l'exécution de la clause pénale, pour défaut d'exécution de l'obligation principale, n'importe la nature de cette obligation, le débiteur peut-il faire réduire la peine lorsqu'elle est excessive comparativement au préjudice souffert, et qu'il offre de le démontrer la preuve à la main?

340. La première question n'est pas sans quelque difficulté. En faveur du créancier l'on peut dire que si la clause pénale ne porte aucune atteinte à l'obligation principale, il doit par cela même pouvoir obtenir les mêmes dommages-intérêts que ceux qu'il aurait obtenus si elle n'eût pas été convenue; or, dans cette hypothèse, il eût obtenu la réparation complète du préjudice qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation. (Article 1149) (1). On peut ajouter que, si le Code décide, dans l'art. 1152 (2), que, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre, cette décision ne se trouve pas répétée à la section qui traite des obligations avec clause pénale. Enfin, Pothier (3), dans l'ouvrage duquel on a généralement puisé les règles qui concernent cette clause, après avoir dit que la peine est compensatoire des dommages-intérêts, et que le créancier a le droit de choisir entre la peine et l'exécution de l'obligation principale, ajoute : « Néanmoins, « comme l'obligation pénale ne peut donner aucune atteinte à l'obligation principale, si la peine « que le créancier a perçue pour l'inexécution « de l'obligation principale ne le dédommageait « pas suffisamment, il ne laisserait pas, quoiqu'il « ait perçu cette peine, de pouvoir demander « les dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation principale, en imputant « et tenant compte sur lesdits dommages-intérêts, de la peine qu'il a déjà perçue : c'est la « décision des lois 28, ff. *de Act. empti;* 41 et 42, « ff. *Pro socio.* »

« Du reste, dit toutefois aussi Pothier, le juge « ne doit pas être facile à écouter le créancier « qui prétend que la peine qu'il a perçue ne le « dédommage pas suffisamment de l'inexécution « de la convention; car les parties ayant, par la « fixation de la peine, réglé et fixé elles-mêmes « les dommages et intérêts qui résulteraient de « l'inexécution de la convention, le créancier en « demandant de plus gros dommages et intérêts « semble revenir contre l'estimation qu'il a faite « lui-même; en quoi il ne paraît pas recevable, « à moins qu'il n'ait la preuve à la main que le « dommage par lui souffert excède la peine « convenue, comme dans cette espèce : Si un « marchand m'a prêté sa voiture, à la charge que « je la lui rendrais un certain jour auquel il en « aurait besoin pour mener ses marchandises à « une certaine foire, à peine de trente livres, « faute de la lui rendre au jour indiqué; ce marchand à qui j'ai promis de la rendre peut ne « pas se contenter de cette somme de trente « livres, s'il a la preuve à la main qu'il a été « obligé de louer une voiture pour une somme « de cinquante livres, et que le prix commun « des voitures pour aller à cette foire était de « cinquante livres dans le temps auquel je devais « lui rendre la sienne. »

(1) Code de Hollande, art. 1282.

(2) Ibid., art. 1285.

(3) Mais son opinion sur ce premier point n'était pas généralement adoptée; on admettait bien plus facilement la réduction d'une clause pénale excessive. C'est ce que nous avons déjà fait observer sur le cas de la convention d'une somme à titre de dommages-intérêts, tome précédent, nº 433, note 3.

Ainsi Pothier décide bien en principe que le créancier ne doit pas facilement être écouté à demander de plus forts dommages-intérêts que ceux qu'il a fixés lui-même par la clause pénale ; mais il fait exception pour le cas où ce créancier aurait la preuve à la main que l'inexécution de l'obligation lui a causé un préjudice plus considérable ; et c'est uniquement sur ce point qu'il y a question.

Mais, nonobstant les raisons exposées ci-dessus, et en laissant pour le moment de côté l'exemple donné par Pothier, nous croyons que le créancier doit se contenter de la peine, toutes les fois qu'à raison de l'impossibilité de faire exécuter l'obligation principale selon sa teneur, il y a lieu aux dommages-intérêts ; il a lui-même fixé ces dommages-intérêts par la clause pénale. Il en est à cet égard de la peine comme de la clause par laquelle on convient d'une somme à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation. L'orateur du gouvernement chargé de la présentation du projet de loi au corps législatif, M. Bigot-Préameneu, s'exprimait ainsi sur ce point : « La « *peine* stipulée par les contractants fait la « loi entre eux ; le créancier ne doit pas « être admis à dire que cette peine est insuffi- « sante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est « excessive. Quel serait le juge qui, mieux que « les parties, pourrait connaître les circonstances « et les intérêts respectifs qui ont déterminé la « fixation de le peine ? ON DOIT APPLIQUER ICI LES « RAISONNEMENTS FAITS SUR LA FIXATION D'UNE SOMME « STIPULÉE POUR DOMMAGES-INTÉRÊTS. » Or, dans le cas de cette fixation, le juge ne peut allouer une somme plus forte ni une moindre. (Art. 1152.)

L'on s'est donc positivement écarté de la doctrine de Pothier, et si l'on n'a pas répété à la section des obligations avec clause pénale, une disposition aussi précise que celle de cet article 1152, c'est parce que cela a paru et a dû paraître en effet inutile, car les raisons sont absolument les mêmes dans un cas comme dans l'autre : les deux clauses, le plus souvent, signifient la même chose, et elles ne diffèrent que dans les mots, lorsque les parties n'ont pas eu l'intention, comme nous l'avons dit plusieurs fois, de substituer la somme promise à l'obligation primitive, au cas où le débiteur ne croirait pas devoir l'exécuter *in specie*. Dans les deux clauses, la somme est la compensation des dommages-intérêts, et son effet est d'en tenir lieu d'une manière absolue, parce que c'est une loi que les parties se sont faite elles-mêmes, et que par conséquent elles doivent observer. (Art. 1134) (1).

Du reste, nous ne confondons pas avec ce cas, celui où une obligation de faire pouvant être exécutée par un autre, le créancier se serait fait autoriser à faire faire la chose par un tiers, aux dépens du débiteur, en négligeant la clause pénale : quand bien même, dans ce cas, la somme due au tiers serait plus forte que celle promise à titre de peine, le débiteur serait tenu de la payer, soit au tiers, soit au créancier qui en aurait fait l'avance ; car cette somme ne serait pas, à proprement parler, réclamée à titre de dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation principale, puisqu'au contraire l'obligation se trouverait exécutée : seulement elle l'a été par un tiers ; mais le créancier aurait pu, quoiqu'il n'y eût pas eu de clause pénale, la faire exécuter de cette manière ; or la clause pénale ne porte point atteinte à l'obligation principale. Aussi dans l'exemple donné par Pothier ; on pourrait peut-être dire avec lui qu'il est dû au créancier indemnité de cinquante francs, prix auquel un tiers lui a fourni une voiture pour conduire ses marchandises à la foire, et non pas seulement les trente francs montant de la clause pénale. Ce que nous repoussons de sa doctrine, c'est sa décision, portée en principe, que le créancier peut, en cas d'inexécution de l'obligation principale, réclamer ses dommages-intérêts selon leur valeur réelle, nonobstant la clause pénale qui lui attribuait une somme inférieure, s'il a la preuve à la main que le préjudice qu'il souffre surpasse le montant de la peine. Cette décision est trop générale ; nous ne la croyons applicable qu'aux cas où le créancier, usant du droit que lui attribuent les art. 1144 et 1228 (2) combinés, a fait exécuter l'obligation par un tiers, aux dépens du débiteur, et qu'effectivement il en a coûté au delà du montant de la clause pénale, ayant d'ailleurs agi avec prudence et

(1) Code de Hollande, art. 1374.

(2) Code de Hollande, art. 1277 et 1342.

bonne foi. Mais dans les cas où il y a lieu aux dommages-intérêts, parce qu'il n'a pas fait exécuter l'obligation par un tiers, *aux dépens* du débiteur, comme le dit l'article 1144 précité, il doit se contenter, pour le montant de ces mêmes dommages-intérêts, de la somme qu'il a fixée lui-même à titre de peine, ou à titre de dommages-intérêts, n'importe.

341. La seconde question se trouve par cela même décidée contre le débiteur; et l'opinion de Pothier, qui voulait aussi (1), et bien mieux encore, que, dans le cas où la somme promise à titre de peine (ou de dommages-intérêts) était évidemment excessive, le créancier ne dût pas profiter de la témérité et de la bonne foi du débiteur, qui s'était soumis à payer une telle somme dans la persuasion qu'il exécuterait son obligation; qu'il y eût lieu, au contraire, à modérer la peine et à la réduire au montant du préjudice réellement souffert; l'opinion de Pothier, disons-nous, n'est plus admissible aujourd'hui : le débiteur doit également observer la loi qu'il s'est faite lui-même, comme il serait obligé de l'observer dans le cas de l'article 1152, puisque la clause pénale et la clause qui fixe une somme à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation, ne diffèrent point entre elles sous ce rapport. Vainement dirait-il, avec cet auteur, que la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts dus pour le préjudice que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, et que dès que ce préjudice est peu considérable, que la preuve de sa modicité est offerte d'une manière claire et positive, il y a lieu par cela même à modérer la peine, sinon à la juste mesure du préjudice éprouvé, du moins approximativement : on lui répondrait, avec l'orateur du gouvernement, que personne mieux que les parties ne pourrait faire connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine, et qu'on doit appliquer ici les raisons qui ont fait porter la disposition formelle, précise et sans limitation, de l'art. 1152.

342. Néanmoins si la clause pénale avait été convenue pour assurer l'exécution d'une obligation ayant pour objet le payement ou la restitution, à une époque déterminée, d'une somme ou d'une quantité de choses qui se consomment par l'usage, et si la somme stipulée à titre de peine excédait sensiblement le taux de l'intérêt licite (2), il y aurait lieu à réduire une peine qui ne serait qu'une usure déguisée (3). Tout ce que nous avons dit à cet égard (4) sur la clause par laquelle on a promis, à titre de dommages-intérêts, une certaine somme en cas d'inexécution, au jour fixé, d'une obligation ayant elle-même pour objet une somme ou une quantité de choses qui se consomment par l'usage, est applicable à la clause pénale attachée à une pareille dette.

Mais aussi, comme nous l'avons fait observer au même endroit, si la somme stipulée à titre de peine ou de dommages-intérêts n'était point une usure déguisée, elle serait due entière, quoiqu'elle excédât le taux de l'intérêt ordinaire et licite, dans le cas où l'obligation ne serait point exécutée à l'époque fixée. Tel serait le cas où, ayant à exercer un réméré dans un certain délai, ou à prévenir l'exercice d'une contrainte par corps, ou une expropriation forcée, dont je serais menacé, ou bien à éviter moi-même l'effet d'une clause pénale, je stipulerais de mon débiteur, par exemple d'un acheteur, qu'il me comptera le prix de la vente à telle époque, sinon qu'il me payera telle somme à titre de peine ou à titre de dommages-intérêts, n'importe. Dans cette espèce, c'est un risque dont mon débiteur a entendu me décharger, en le prenant en quelque sorte lui, par sa soumission à payer cette peine, au cas où il n'exécuterait pas sa promesse au jour convenu; et ici la peine n'étant point une usure déguisée, la clause devrait sortir son effet, si l'obligation principale n'était pas exécutée selon sa teneur, et au jour fixé. On doit le décider ainsi quand bien même j'aurais évité, par d'autres moyens ou par l'indulgence de mon créancier, d'éprouver le préjudice que j'avais en vue de

(1) D'après Dumoulin, mais toutefois contrairement à l'opinion de plusieurs docteurs, notamment contre celle d'Azon, citée par Pothier.

(2) L'intérêt conventionnel, comme l'intérêt légal, est de cinq pour cent par an en matière civile, et de six pour cent en matière de commerce. *Voyez* la loi du 3 septembre 1807.

(3) L. 15, Cod. *de Usuris*; LL. 9 et 44, ff. *de Usuris et fruct.* M. Merlin, *Répertoire*, v° *Peine*. Pothier, *des Obligations*, n° 346.

(4) Tome précédent, n°s 487 et suivants.

prévenir en stipulant la peine, car non-seulement la clause pénale dispense le créancier de prouver le préjudice qu'il a souffert, mais elle interdit même au débiteur, ainsi que nous venons de le dire, la faculté de prouver que le préjudice ne s'est pas élevé à la valeur de la peine, et, par voie de conséquence, elle lui interdit aussi de prouver que le préjudice a été nul.

Mais pour que ces clauses ne dégénèrent point en usure déguisée, dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme ou d'une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, il est utile de mentionner dans l'acte la circonstance particulière à raison de laquelle la peine est stipulée au delà du taux légitime de l'intérêt : on préviendra ainsi par là l'allégation d'usure cachée, du moins dans la plupart des cas.

Quatrième règle : *Le créancier ne peut demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.*

343. La clause pénale étant la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation (art. 1229) (1), il est clair, comme nous l'avons déjà dit, qu'il ne peut tout à la fois demander le principal et la peine, à moins toutefois qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. (*Ibid.*) Il doit opter (2).

Ainsi, je stipule de vous que vous me passerez acte de vente de votre maison moyennant 20,000 fr., et que dans le cas où vous n'exécuterez pas votre promesse, vous me payerez à titre de peine (ou de dommages-intérêts, n'importe), la somme de 2,000 fr.; comme la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement sur la chose et sur le prix (article 1589) (3), et qu'ici rien n'indique que, dans notre intention, il vous serait loisible de vous dispenser de passer la vente, en payant la somme promise à titre de peine, j'ai le droit de vous demander de me passer acte de cette vente; et si vous ne voulez y consentir, j'obtiendrai jugement qui me tiendra lieu d'acte volontaire. Car, ainsi qu'il a été dit plusieurs fois, la clause pénale ne porte point atteinte à l'obligation principale; le créancier peut demander l'exécution de cette obligation, en négligeant de demander la peine. (Art. 1228.) J'ai aussi le droit, après vous avoir mis en demeure de me passer la vente (article 1230), et sur votre refus, de vous demander la peine qui se trouve alors encourue, sans que vous puissiez désormais, pour l'éviter, offrir de me passer acte de vente. Mais je ne puis demander l'une et l'autre, à moins que cette peine n'eût été stipulée pour le simple retard. Nous verrons tout à l'heure quand le débiteur est en demeure à l'effet d'avoir encouru la peine.

344. Nous disons, *à moins que la peine n'ait été stipulée pour le simple retard;* mais quand est-elle stipulée pour le simple retard ? Est-ce seulement lorsque les parties ont formellement déclaré leur intention à cet égard, comme lorsqu'elles ont dit que la peine serait encourue par le seul fait de l'inexécution de l'obligation à l'époque fixée, sans préjudice de l'obligation elle-même, ce que les jurisconsultes romains rendaient par ces mots, *rato manente pacto ?*

D'abord, il est bien certain que la simple fixation d'un terme pour l'exécution de l'obligation principale (ce qui a presque toujours lieu), n'indique pas nécessairement que la peine a été stipulée pour le simple retard, quoiqu'il y eût mise en demeure du débiteur; loin de là. On peut même établir, au contraire, comme règle générale, qu'il n'y a pas lieu de présumer qu'il a entendu se soumettre à exécuter l'obligation principale et à payer aussi la peine par sa seule mise en demeure d'exécuter cette obligation, convenue avec un terme. Ainsi, dans l'espèce de la promesse de vente ci-dessus, s'il avait été dit : *Vous me passerez acte de vente de votre maison dans les trois mois à dater de ce jour, moyennant* 20,000 *francs, à peine de* 2,000 *francs de dommages-intérêts*, il n'y aurait pas nécessité de conclure qu'après la mise en demeure, à l'expiration du terme, j'ai acquis le droit de demander tout à la fois l'exécution de l'obligation principale et le payement de la peine. La fixation d'un terme, en pareil cas, devrait être regardée comme con-

(1) Code de Hollande, art. 1343.
(2) L. 10, § 1, ff. *de Pactis.*
(3) Code de Hollande, art. supp.

venue uniquement dans l'intérêt du débiteur, pour lui donner le temps qu'il a jugé nécessaire pour exécuter sa promesse. Il a seulement voulu par là qu'on ne pût lui demander l'exécution de l'obligation principale, ni la peine, avant que ce terme fût échu ; en un mot, la peine portait, non pas sur le retard qu'il mettrait dans l'exécution de l'obligation, mais sur l'inexécution absolue de l'engagement. Il faut donc, en l'absence d'une déclaration dans l'acte portant que la peine est stipulée pour le simple retard, des circonstances particulières qui indiquent clairement qu'elle a été convenue dans cette vue.

Mais lorsque le montant de la peine sera évidemment de beaucoup inférieur à l'intérêt qu'aurait le créancier à ce que l'obligation principale fût exécutée, et qu'il y aura un terme fixé pour l'exécution, alors on présumera facilement que la clause pénale a été convenue pour le simple retard, puisqu'autrement, loin d'assurer l'exécution de l'obligation principale, ce qui est son but, elle ne serait d'aucune utilité pour le créancier, ne signifierait absolument rien, celui-ci ne pouvant raisonnablement avoir eu en vue une chose d'une bien moins grande valeur que celle qui est l'objet de l'obligation elle-même, on le suppose.

Par exemple, si, en vendant à quelqu'un une certaine chose moyennant 3,000 francs, je le charge, par le contrat, de payer cette somme dans deux mois à Paul, mon créancier, qui menace de me poursuivre avec rigueur, qui pourrait même exercer contre moi la contrainte par corps, et qu'à cette convention j'ajoute une clause pénale de 200 francs pour le cas où cet acheteur ne remplirait pas son engagement, sans autre explication, il est clair que la peine est stipulée ici pour le simple retard, bien qu'il n'ait pas été dit formellement qu'elle serait encourue par le seul défaut de payement à l'échéance du terme ; car si je ne pouvais demander la peine et le principal, dans le cas où ce payement n'aurait pas eu lieu à l'époque fixée, la clause pénale ne signifierait absolument rien du tout. Au lieu que dans l'espèce précédente, les 2,000 francs qui forment la peine ne sont pas évidemment inférieurs au montant de l'intérêt que je puis avoir à ce que celui qui m'a fait la promesse de me passer acte de vente de sa maison moyennant 20,000 francs, et sous la peine de 2,000 francs, exécute cette promesse, puisque si la maison peut valoir plus de 20,000 francs, elle peut aussi valoir moins. D'autres raisons encore, et que j'ai pu prévoir, pouvaient même me faire préférer la peine à la maison avec l'obligation d'en payer le prix. Aussi, dans ce cas, et en l'absence d'une clause qui indique clairement que la peine a été stipulée même pour le simple retard, et non pas seulement pour l'inexécution absolue de la promesse, je ne puis demander le principal et la peine : je dois opter, et encore, quant à la peine, seulement lorsque le débiteur aura été mis en demeure, suivant ce qui sera dit plus bas.

L'on voit, d'apès cela, que la volonté des parties touchant le point de savoir si la peine a été ou non stipulée pour le simple retard, lorsqu'il n'y aura pas de déclaration précise à cet égard dans l'acte, sera bien plus facile à connaître dans les contrats unilatéraux, où celui qui aura stipulé la peine n'aura rien à faire ni à donner de son côté, parce qu'il aurait déjà fait ou donné ce qui est la cause de l'obligation principale, qu'elle ne le sera dans les contrats synallagmatiques. Dans ces derniers il sera bien rare, en effet, en l'absence d'une clause à ce sujet dans l'acte, qu'on doive regarder la peine comme stipulée pour le simple retard, quoiqu'il y ait un terme convenu pour l'exécution de l'obligation; il faudra pour cela des circonstances particulières qui ne permettent pas de douter que telle a été l'intention des parties, ou que la nature même de l'affaire indique que la peine a été convenue pour le simple retard : comme dans le cas où un marchand aurait loué sa voiture à quelqu'un, à la charge de la lui rendre un certain jour pour qu'il pût s'en servir pour transporter ses marchandises à une certaine foire, à peine de 30 francs, indépendamment du prix du louage. Ici la peine ne porterait que sur le fait de la non-restitution de la voiture au jour fixé, et non sur la non-restitution elle-même ni sur le défaut de payement du prix convenu pour le loyer.

343. En disant que le créancier ne peut demander le principal et la peine, l'art. 1229 ne fait exception que pour le cas où elle a été stipulée pour le simple retard, et nous venons d'expliquer ce que l'on doit entendre par là. Mais l'art. 2047 porte que « l'on peut ajouter à une

« transaction une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. » En quel sens cette disposition doit-elle être entendue? Est-ce dans le sens du principe consacré par l'art. 1229, que l'on ne peut tout à la fois demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ; ou bien en ce sens que la transaction doit être maintenue et que la peine n'en sera pas moins due par celui qui se refusera à l'exécuter selon sa teneur?

Nous avons dit plus haut que, lorsqu'ayant traité avec un incapable, je fais ensuite avec lui, devenu capable, un acte par lequel il confirme son engagement, en se soumettant aussi à une peine pour le cas où il reviendrait contre, j'ai bien le choix, ce cas échéant, ou de m'en tenir à l'acte confirmatif, et par conséquent de faire maintenir le premier acte, ou, en abandonnant le bénéfice de la ratification, de demander la peine; mais qu'en principe je ne puis tout à la fois profiter de la ratification et demander la peine. Telle est la doctrine de Pothier, qui s'exprime ainsi sur ce point dans son Traité *des Obligations*, n° 343 : « De même que la clause pénale n'ôte pas à celui qui a stipulé la peine, « l'action qui naît de l'engagement principal; de « même elle ne lui ôte point non plus les exceptions et fins de non-recevoir qui en pourraient « résulter.

« Par exemple, si je suis convenu avec un « mineur devenu majeur, qu'il ne reviendrait « point contre la vente d'un héritage qu'il m'a « faite en minorité, et que j'aie stipulé de lui « par forme de peine une certaine somme, au « cas qu'il contrevînt à la convention ; s'il vient « par la suite à m'assigner en entérinement de « lettres de rescision contre cette aliénation, la « clause pénale insérée dans notre traité n'empêchera pas que je ne puisse opposer contre « sa demande la fin de non-recevoir qui résulte « de l'engagement principal qu'il a contracté « dans notre traité, de ne point revenir contre « cette aliénation. Mais comme celui qui a stipulé la peine ne peut pas percevoir et la peine « et ce qui est renfermé dans l'engagement principal, si j'use de la fin de non-recevoir, et « que je le fasse déclarer non recevable, je ne « pourrai plus exiger de lui la peine que j'ai « stipulée, et, *vice versa*, si j'ai exigé de lui la « peine, je ne pourrai pas user de la fin de non-« recevoir. C'est ce qui résulte de la loi 10, § 1, « ff. *de Pactis*.

« La décision de cette loi, continue Pothier, « n'a rien de contraire à celle de la loi 123, § 6, « ff. *de Verb. oblig.* Lorsque j'ai eu convention « sous une certaine peine avec vous devenu « majeur, que vous ne reviendriez pas contre la « vente d'un héritage que vous m'aviez faite en « minorité, l'objet de cette convention est de « me procurer ma libération d'une action rescisoire que vous aviez effectivement contre moi: « c'est pourquoi, lorsqu'en vous opposant la fin « de non-recevoir qui résulte de cette convention, et en vous faisant en conséquence déclarer non recevable dans votre action, je me suis « procuré la libération de cette action, je ne « puis plus vous demander la peine ; autrement « j'aurais tout à la fois et la chose et la peine, « ce qui ne peut pas être. Telle est l'espèce de « la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*, que nous venons « de rapporter ; celle de la loi 122 qui nous est « opposée, est très-différente. Après un partage « qui est par lui-même valable, et non sujet à « aucune action rescisoire, dans la crainte d'essuyer un procès, quoique mal fondé, nous « sommes convenus, sous une certaine peine, « de ne pas revenir contre. L'objet de cette convention n'est pas, comme dans l'espèce précédente, de me procurer la libération de quelque action rescisoire que vous eussiez contre « ce partage, puisque vous n'en aviez aucune : « le seul objet de la convention est de ne pas « essuyer un procès : c'est pourquoi, si vous « m'en avez fait un, quoique j'aie obtenu congé « de votre demande, il y aura lieu à la peine, « car la seule chose qui faisait l'objet de notre « convention étant de ne pas essuyer un procès, « quoique mal fondé, m'en ayant fait essuyer « un, il est vrai de dire que vous m'avez privé « de ce qui faisait l'objet de notre convention ; « d'où il suit qu'il y a lieu à la peine. »

Et cet auteur, agitant plus loin (au n° 348) la question de savoir s'il est nécessaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale ait eu effet pour que la peine soit due, dit que cela dépend de l'intention qu'ont eue les parties; mais que la peine est due dans le cas de la décision qu'il a donnée sur l'espèce d'une clause pé-

nale ajoutée à un acte de partage, contre celui qui contreviendrait à cet acte, et où il cite à l'appui de sa décision cette loi 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.*, qui, selon lui, n'est point contraire à la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*.

Mais nous devons faire observer que Pothier, en citant cette loi 122 *de Verb. oblig.* à l'appui de son opinion, a omis une circonstance importante, et qui fait précisément que cette même loi paraît formellement opposée à l'autre. En effet, il ne s'agit pas simplement, dans l'espèce de cette loi, d'un acte de partage ordinaire avec clause pénale ; il s'agit de deux frères institués héritiers par leur père, et qui étaient réciproquement grevés par lui de fidéicommis pour leur part au profit du survivant d'entre eux (1). Ils ont partagé les biens, en se remettant le fidéicommis ; et, à cet effet, ils ont déclaré dans l'acte de partage qu'ils ne reviendraient pas contre la division ainsi opérée entre eux, et que si l'un d'eux revenait contre, il payerait une peine à l'autre. Après la mort de l'un d'eux, le survivant a formé, contre les héritiers du prédécédé, demande en restitution des objets composant la part de ce dernier dans l'hérédité paternelle, comme étant, celui-ci, chargé de les lui remettre à sa mort, suivant la volonté du testateur, mais oubliant à cet égard la renonciation faite dans l'acte de partage, et qui était une sorte de transaction, un traité qui affranchissait la part de chacun, de la charge dont elle était grevée. Le demandeur a donc été déclaré non recevable dans sa demande, sur le fondement qu'il y avait eu transaction au sujet de ce fidéicommis. C'est dans cet état de choses que le jurisconsulte Scævola agite la question de savoir si la peine portée dans l'acte de partage est encourue par celui qui a formé la demande, pour avoir par là contrevenu à l'acte de partage ; et il dit que, d'après les faits de la cause, la peine est effectivement due : *Duo fratres hæreditatem inter se diviserunt, et caverunt sibi* NIHIL SE CONTRA EAM DIVISIONEM FACTUROS, ET SI CONTRA QUIS FECISSET, POENAM ALTER ALTERI PROMISIT : *post mortem alterius, is qui supervixit petit ab hæredibus ejus hæreditatem, quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relicti debitam; et adversus eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset : Quæsitum est, an pœna commissa esset? Respondit pœnam, secundum ea quæ proponuntur, commissam.*

Ainsi, les héritiers du prédécédé ont eu tout à la fois l'avantage de garder la part de leur auteur, par l'abolition du fidéicommis, et la peine ; l'acte de partage par lequel les deux frères avaient transigé sur ce fidéicommis, en renonçant réciproquement à son bénéfice éventuel, a produit un double effet au profit des héritiers du prédécédé : le congé de la demande formée par le survivant, par conséquent la conservation des objets grevés du fidéicommis, et la peine promise par le premier pour le cas où il reviendrait contre le partage opéré avec son frère ; ce qui, comme on le voit, n'est pas le cas prévu par Pothier, celui d'un simple partage entre héritiers qui n'étaient chargés d'aucun fidéicommis les uns envers les autres, qui n'ont traité sur rien autre chose que sur la division des biens, cas où l'on conçoit très-bien que la clause pénale n'ayant pour objet que de prévenir une demande en nouveau partage, la peine soit encourue par celui qui, au mépris du partage opéré, forme cette demande, et cela sans préjudice du maintien du partage, si d'ailleurs ce partage est valable par lui-même. Au lieu que dans l'espèce de la loi romaine, outre la division des biens opérée entre les deux frères, il y avait renonciation au fidéicommis dont ils étaient réciproquement grevés l'un envers l'autre ; la clause pénale portait donc aussi sur cette renonciation, et même principalement. Or, si cette renonciation a eu son effet, et si néanmoins la peine a dû être payée, ainsi que le dit le jurisconsulte, la partie a eu tout à la fois le principal et la prime, contrairement à la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*, quoi qu'en dise Pothier.

La loi 16, ff. *de Transactionibus*, décide bien que le créancier, dans le cas qui y est prévu, peut tout à la fois faire maintenir la transaction et demander la peine au débiteur qui est revenu contre elle ; mais, dans l'espèce de cette loi, les parties étaient convenues de ce double effet : la clause pénale n'avait pour objet que de prévenir un procès ; elle était stipulée sans préjudice du maintien de la transaction ; et si c'était uniquement d'un cas semblable que doit être entendu l'art. 2047, quand il dit que l'on peut ajouter à

(1) Probablement pour le cas où le prémourant ne laisserait pas d'enfants, ainsi que l'observe Godefroy en ses notes sur cette loi.

une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter, il n'y aurait pas de difficulté; les parties devraient observer la loi qu'elles se seraient faite, *quid fidem licitæ transactionis rupit*, dit Hermogénien dans cette loi, *non exceptione tantum summovebitur, sed et pœnam, quam si contra placita fecerit,* RATO MANENTE PACTO, *stipulanti recte pomiserat, præstare cogetur.*

Ainsi, lorsque les parties sont convenues que, en cas de contravention à l'acte, la peine sera encourue, sans préjudice du maintien de la transaction, *rato manente pacto*, l'acte doit en effet être maintenu, et la peine doit être payée par la partie qui contrevient à la convention. Rien de plus raisonnable que cette décision, parce qu'en effet la peine a été stipulée principalement en vue de prévenir un procès. Mais on ne trouve pas une pareille déclaration, *rato manente pacto*, dans l'espèce de la loi 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.*

La loi 37, au Code, *de Transactionibus*, dont nous n'avons pas encore parlé, se borne à décider que lorsqu'une peine a été ajoutée à une transaction pour le cas où l'une des parties manquerait de l'exécuter, l'autre partie peut exiger la peine; mais cette loi ne dit pas que la partie peut aussi faire maintenir la transaction tout en exigeant la peine, seul point qui fasse difficulté : *Promissis transactionis causa non impletis, pœnam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit, exigi posse constat.*

Enfin dans le rapport fait au tribunat sur la loi *des Transactions*, au nom de la section de législation, on lit : « La transaction, comme les « autres contrats en général, est susceptible de « la stipulation d'une peine contre celui qui man- « querait de l'exécuter. Cette stipulation a des « règles particulières relativement à son exécu- « tion; et ces règles sont expliquées avec soin « dans la section 6 du chapitre III de la loi sur « *les contrats et obligations conventionnelles en* « *général.* » D'après cela, la règle que le créancier ne peut tout à la fois demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard, serait donc applicable aux transactions comme aux autres contrats.

Plusieurs explications ont été données pour concilier les deux lois romaines citées d'abord, indépendamment de celle de Pothier, qui ne les concilie réellement point du tout, parce que cet auteur a dénaturé l'espèce de l'un de ces textes. Nous croyons les avoir mieux entendus. On a aussi cherché à concilier nos art. 1229 et 2047 par l'analyse des lois romaines; et il faut avouer que l'on n'a guère mieux réussi sous ce rapport.

M. Toullier dit fort bien (1) « que la clause pénale ajoutée à une transaction étant stipulée pour mettre fin à un procès ou pour en prévenir un, l'infraction à la transaction, ou le refus de l'exécuter, est la seule condition dont les contractants ont fait dépendre la naissance de l'obligation pénale; que cette condition est donc accomplie, et, par conséquent la peine encourue est exigible du moment où la transaction est enfreinte, ou que le débiteur est constitué en demeure de l'exécuter; et que le juge qui se permettrait de joindre au fond la demande de la peine, ou d'en retarder la condamnation jusqu'au jugement à rendre au fond, contreviendrait à la loi du contrat, parce qu'il préjugerait que l'obligation de payer la peine ne dépend pas de la seule condition qu'y ont mise les contractants, c'est-à-dire de l'infraction de la transaction ou du refus de l'exécuter, mais encore de l'issue du jugement à rendre sur le fond soit en faveur de celui qui a enfreint la transaction, soit contre lui; ce qui n'est pas. »

Mais cet auteur ajoute que, « après avoir exigé le payement de la peine, la partie peut encore demander l'exécution de la transaction, ou tirer de cet acte une exception contre la demande de son adversaire; qu'en cela elle ne contrevient point au principe consacré par l'article 1229, qui ne veut pas qu'on puisse demander en même temps le principal et la peine; qu'il y a deux exceptions à ce principe: l'une, lorsque la peine est stipulée pour le simple retard; l'autre, lorsqu'elle est stipulée indépendamment de l'obligation primitive, et sans préjudicier à son exécution, *rato manente pacto,* comme dit la loi 16, ff. *de Transact.*; qu'il n'y a aucune difficulté lorsqu'il résulte de la convention que la peine a été stipulée pour le seul fait de l'infraction de la transaction, par le refus de l'exécuter; qu'alors aucune des parties ne sera reçue à l'attaquer avant de payer la peine convenue, en un

(1) Tome VI, n° 829.

mot, qu'elle est due sans préjudice de l'exécution de la transaction; mais, de plus, que cette convention *paraît implicitement* contenue dans la clause pénale ajoutée à la transaction; que la peine est stipulée, non pas comme une compensation des dommages-intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution absolue de la transaction, mais comme une indemnité des embarras, des frais, des inquiétudes que cause à l'autre partie la nécessité de soutenir un procès qu'on aurait voulu prévenir; que c'est ainsi qu'on doit interpréter les clauses pénales ajoutées aux transactions, lorsque les termes de la convention n'y résistent pas. »

Ainsi, selon cet auteur, toutes les fois que les termes de la convention n'y résisteraient pas, l'on devrait entendre l'art. 2047 (1) comme renfermant un principe indépendant de celui de l'article 1229.

M. Delvincourt donne une autre interprétation. « Comment, dit-il, doivent être entendus ces « mots de l'art. 2047 : On peut ajouter à une « transaction la stipulation d'une peine *contre* « *celui qui manquera de l'exécuter*, quand les « parties ne se sont pas expliquées sur le motif « qu'elles ont eu en souscrivant la clause pénale? « Si l'une des parties revient sur quelque objet « compris dans la transaction, et qu'au moyen de « cette même transaction qui lui est opposée, « elle soit déboutée de sa demande, le défendeur « pourrait-il exiger la peine? Ne lui opposera-« t-on pas le principe qu'il ne peut avoir tout à la « fois le principal et la peine?

« Je pense que cette question, qui est assez « délicate, et sur laquelle les lois romaines elles-« mêmes ne paraissent pas être d'accord, comme « on peut le voir par le rapprochement des « lois 10, § 1, ff. *de Pactis*, et 122, § 6, ff. *de* « *Verb. oblig.* (2), peut être résolue à l'aide de « la distinction suivante. Si tout est fini par la « transaction, de manière qu'il n'y ait rien à faire, « rien à exécuter par aucune des parties, et que « cependant il y ait une peine de stipulée, l'on « présumera que les parties ont voulu prévenir « tout procès; et dès qu'il en a existé un, la « peine est encourue quand même le demandeur « serait débouté. Mais si la transaction portait « aussi obligation, de la part des parties, ou de « l'une d'elles, de donner ou de faire quelque « chose, l'on présumera que la peine n'a été « stipulée que pour le cas où les choses promises « ne seraient pas exécutées; et en conséquence « si la partie qui a intérêt que l'obligation soit « exécutée, en poursuit et obtient l'exécution, « elle ne pourra exiger la peine. »

Cette conciliation nous paraît bien plus conforme aux principes, que la décision trop absolue de M. Toullier. Elle rentre d'ailleurs beaucoup dans celle de Pothier, suivant la manière dont il a cherché à concilier la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*, avec la loi 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.* Du reste, il est bien certain que la loi 16, ff. *de Transact.*, ne fait rien à la question, puisqu'elle statue sur un cas où les parties ont exprimé leur intention que la clause pénale aurait son effet, sans préjudice de celui de la transaction elle-même (*rato manente pacto*), au cas où l'une des parties n'exécuterait pas la convention. Elle serait même contraire à la décision de M. Toullier par argument *a contrario*, si les arguments de cette sorte étaient toujours d'un grand poids.

Quoi qu'il en soit, il n'y pas plus de raison de dire que, dans une transaction qui laisse à faire ou à donner quelque chose par chacune des parties, ou par l'une d'elles, et à laquelle on a ajouté une clause pénale, il y a lieu tout à la fois à l'exécution de la transaction, et à la peine en cas d'infraction, qu'il n'y a lieu de le dire dans un contrat de vente, de société, dans un acte confirmatif, etc.; car dans tous ces cas aussi la clause pénale a été stipulée pour assurer l'exécution de la convention, par conséquent pour prévenir des embarras, un procès même, par la crainte qu'elle a pour objet d'inspirer au débiteur. C'est donc une question d'intention, mais qui ne doit pas, en général, même en matière de transaction, être résolue en ce sens qu'il y ait lieu à demander le principal et la peine, ainsi que le dit M. Toullier.

Nous conviendrons toutefois, et par cela même que c'est une question d'intention, que si la peine stipulée était peu considérable, en comparaison de la valeur des droits réclamés et que

(1) Disposition supprimée dans le Code de Hollande.

(2) Ainsi M. Delvincourt ne pense pas, comme Pothier, que ces deux textes se concilient parfaitement; pour nous, nous croyons au contraire qu'ils sont opposés au fond.

la transaction assure à la partie qui l'exécute, cette peine devrait être considérée comme convenue principalement pour le préjudice que lui ferait éprouver le défaut d'exécution volontaire de l'acte, et en conséquence que la contravention ferait encourir la peine, quoique cette contravention n'eût eu aucun résultat, la transaction devant être aussi exécutée. Mais si la peine n'était pas visiblement d'une valeur inférieure à ce que l'une des parties devait encore faire pour l'autre en exécution de la transaction, alors cette dernière partie n'aurait que le choix, ou de la peine, en cas d'inexécution, et en conservant ce qu'elle a dans sa main, ou de conclure à l'exécution de la transaction dans toute sa teneur.

346. On doit, en général, appliquer les mêmes décisions, et avec les mêmes modifications, aux actes de confirmation ou de ratification, avec clause pénale, des obligations annulables ou rescindables, susceptibles d'être confirmées; et, d'après cela, si l'obligation confirmée a été exécutée en temps d'incapacité, ou pendant la violence, ou avant la découverte du dol ou de l'erreur, comme c'est évidemment en vue seulement de prévenir une action en nullité ou en rescision que l'acte confirmatif avec clause pénale a été consenti, on doit décider que la partie qui revient contre cette obligation, et par cela même contre l'acte de ratification, doit subir la peine, et doit être forcée aussi de respecter cet acte. Mais si, au contraire, l'obligation primitive n'a point encore été exécutée lorsqu'est intervenu l'acte confirmatif avec clause pénale, et que le débiteur, nonobstant cet acte, ne veuille pas exécuter le premier engagement, alors le créancier n'a que le choix, ou de demander la peine au débiteur mis en demeure, mais en laissant à celui-ci les moyens qu'il avait à faire valoir contre cet engagement, ou bien de demander l'exécution de ce même engagement, en vertu de l'acte confirmatif, et en négligeant de demander la peine; car autrement ce serait demander le principal et la peine, contre le principe de l'art. 1229. Au lieu que, dans le premier cas, comme elle n'a évidemment été promise que pour prévenir un procès, en la demandant pour ce cas, on la demande précisément quant à l'objet pour lequel elle avait été stipulée.

347. La même décision doit aussi s'appliquer, et avec la même distinction, aux clauses pénales insérées dans les actes de partage, et surtout lorsque dans ces actes, faits avec clause pénale, il n'y aura pas de points litigieux ou contestés entre les parties, comme des questions de rapport ou de réduction, ou des difficultés sur la quotité qui revient à chacune d'elles; que ce sera simplement une division des biens; alors la clause pénale aura été évidemment convenue dans le seul but de prévenir une demande en nouveau partage, et si cette demande a lieu, la peine sera encourue, sans préjudice du maintien du partage.

348. Toutefois ce partage pourrait encore être attaqué pour les causes ordinaires de nullité ou de rescision, par conséquent pour cause de lésion de plus du quart, conformément à l'art. 888, qui porte que l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute autre manière. Et la peine elle-même ne serait pas due, s'il y avait effectivement lésion de plus du quart, attendu qu'elle n'est pas due quand la convention principale est nulle (art. 1227); or la rescision a le même effet que la nullité quant à la clause pénale. On ne peut pas plus, sous la forme d'une peine, couvrir le vice de lésion de plus du quart dans un partage, qu'on ne le peut par une autre voie indirecte, telle que la vente ou la transaction : autrement le but de la loi serait facilement éludé.

349. Enfin, si l'on a ajouté une peine à un compromis contre celui qui manquerait d'exécuter la sentence arbitrale, ou qui l'attaquerait par l'une des voies établies au Code de procédure (art. 1025 à 1028), la partie qui l'attaque ou se refuse à l'exécuter, peut être contrainte par l'autre à payer de suite la peine, à moins toutefois que le compromis lui-même ne fût attaqué pour cause de nullité. Mais celui qui a obtenu la peine ne peut plus demander l'exécution de la sentence, parce qu'il ne doit pas avoir l'un et l'autre. Les parties seront à cet égard dans le même état qu'avant le compromis. Et s'il a poursuivi et obtenu l'exécution de la sentence, il ne pourra plus demander la peine.

350. Dans les cas ordinaires, où le créancier ne peut exiger que l'exécution de l'obligation principale, ou la peine, s'il opte pour la peine, il ne doit pas demander, soit par interpellation judiciaire, soit par commandement ou sommation, l'exécution du contrat, ni même l'exécution du contrat ou la peine, mais seulement la peine; autrement le débiteur lui notifiant aussitôt qu'il entend se conformer à la demande, le pacte serait formé (argument de l'art. 1211), et il n'y aurait plus lieu à réclamer la peine. Il serait obligé de se contenter de l'exécution du contrat, parce qu'il serait censé avoir renoncé à la peine, comme le créancier est censé avoir renoncé à la solidarité vis-à-vis de celui des débiteurs solidaires contre lequel il a formé une demande pour sa part, dès que ce débiteur a acquiescé à la demande, ou qu'il est intervenu un jugement de condamnation. Et s'il veut constituer le débiteur en demeure à l'effet d'obtenir la peine, il doit le sommer de la payer, en lui notifiant qu'il est en demeure de remplir l'obligation principale. Si le débiteur ne satisfait pas à cette sommation, le créancier forme contre lui demande en justice, à moins toutefois qu'il n'ait un titre en forme exécutoire, ce qui le dispenserait, du moins généralement, de former cette demande.

Cinquième règle : *La peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation.*

351. L'article 1230 (1) consacre cette règle en ces termes : « Soit que l'obligation primitive « contienne, soit qu'elle ne contienne pas de « terme dans lequel elle doive être accomplie, « la peine n'est encourue que lorsque celui qui « s'est obligé, soit à livrer, soit à prendre, soit « à faire, est en demeure. »

352. Ainsi, la simple fixation d'un terme ne suffit pas pour faire encourir la peine au débiteur qui n'a point rempli son obligation à l'époque fixée, du moins en général, parce qu'en effet généralement elle ne le constitue pas en demeure. Mais il semble résulter de plusieurs textes du droit romain que la fixation d'un terme faisait encourir la peine, *ipso facto*, si le débiteur ne remplissait pas son obligation au jour marqué. Suivant ces textes, il n'était besoin, pour cela, d'aucune demande ou interpellation; la seule échéance du terme suffisait. La loi 23, ff. *de Obligat. et actionib.* paraît être en ce sens.

Le jurisconsulte Ulpien décide même, dans la loi 77, ff. *de Verb. oblig.*, que la seule échéance du terme fait encourir la peine au débiteur qui n'exécute pas l'obligation au jour fixé, quoique le créancier soit venu à mourir et que son hérédité ne soit point encore acceptée, par conséquent dans le cas où personne n'a pu interpeller le débiteur. Et cette loi statue même sur un cas d'obligation de somme, payable à un certain jour, avec clause pénale.

Bien mieux, dans les obligations de faire, dans un certain délai, un ouvrage qui exigeait un certain temps pour sa confection, la peine stipulée était due, même avant l'expiration du terme, aussitôt qu'il était devenu certain que l'ouvrage ne pouvait plus être fait dans le délai fixé; de manière que la prorogation du terme qui aurait été depuis accordée au débiteur par le créancier ne le déchargeait pas de la peine encourue avant cette prorogation. Mais si la prorogation avait eu lieu à une époque où il restait encore assez de temps jusqu'au terme pour faire ou achever l'ouvrage, la peine n'était encourue que lorsqu'il ne pouvait plus être achevé avant l'expiration de la prorogation. Ces décisions résultent de la loi 113, ff. *de Verb. oblig.*

Toutefois, il semble, d'un autre côté, qu'il n'y avait pas uniformité de décisions parmi les jurisconsultes sur le point de savoir si la seule préfixion d'un terme faisait encourir la peine dans les cas ordinaires, lorsque le débiteur n'avait pas exécuté au terme; car Justinien dit, dans la loi 12, au Code, *de Contrah. et commit. stipul.*, qu'il entend trancher une difficulté qui a fait naître beaucoup de procès jusqu'à lui, et il décide à cet effet que, si quelqu'un promet de faire ou de donner quelque chose à un certain jour, *et ajoute à sa promesse une peine au cas où ce qu'il s'oblige à faire ou à donner ne serait pas fait ou donné au terme fixé*, la peine sera encourue par le seul défaut d'exécution à l'échéance du terme, et que le débiteur ne pourra l'éviter en alléguant qu'il n'a point été interpellé d'exécuter, attendu qu'il devait savoir qu'il devait le

(1) Code de Hollande, art. 1344.

faire, sans avoir besoin pour cela d'avertissement (1), Or, si dans le cas prévu par Justinien, où les parties étaient convenues que le défaut d'exécution au terme fixé ferait encourir la peine, il y avait controverse sur le point en question, à combien plus forte raison devait-elle exister lorsque l'acte portait simplement un terme pour l'exécution. Quoiqu'il en soit, Pothier regardait comme un principe certain que, dans le droit romain, la simple fixation d'un terme, dans toute espèce d'obligation, suffisait pour mettre le débiteur en demeure, et lui faire encourir la peine, s'il n'exécutait pas au terme. En admettant comme exacte cette interprétation de Pothier, qui est aussi, il faut le dire, celle de beaucoup d'autres interprètes, il convient d'établir les rapprochements du droit romain sur ce point, ainsi entendu, avec notre ancienne jurisprudence et les principes du Code civil.

Du reste, lorsqu'il n'y avait pas de terme fixé pour l'exécution de l'obligation, la peine n'était encourue que par la litiscontestation, opérée sur la demande du créancier, ainsi qu'il résulte de la loi 122, § 2, ff. *de Verb. oblig.* (2).

Dans notre ancienne jurisprudence, au contraire, soit que l'obligation primitive contînt un terme dans lequel elle devait être exécutée, soit qu'elle n'en contînt pas, il fallait généralement une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, et pour donner en conséquence ouverture à la peine (3). On faisait toutefois exception pour les cas où le débiteur se met de lui-même en demeure, comme dans les obligations de ne pas faire quelque chose, lorsqu'il contrevient à sa promesse ; et dans les obligations de faire ou de donner quelque chose qui ne pouvait être faite ou donnée avec la même utilité pour le créancier que dans un certain temps qu'il a laissé passer sans exécuter l'engagement : alors la peine était encourue par ce seul fait ; cela n'était point douteux dans le droit romain, dans ces mêmes cas, et ne l'est pas non plus sous le Code.

353. On voit, d'après la combinaison des articles 1139 et 1230, que, même dans les cas ordinaires, le Code s'est rapproché des principes du droit romain, sans cependant les adopter entièrement dans ces mêmes cas, et qu'il a dérogé en un point important à l'ancienne jurisprudence, suivant laquelle, dans ces cas, il fallait une interpellation judiciaire pour constituer le débiteur en demeure et lui faire encourir la peine.

Le Code s'est rapproché du droit romain en ce que, d'après l'art. 1139 (4), la demeure peut résulter de la seule échéance du terme, si la convention porte que, *par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure;* or le débiteur en demeure encourt la peine, suivant l'art. 1230. La loi 12, au Code, *de Contrah. vel commit. stipul.*, précitée, décide pareillement, comme on vient de le voir, que la peine est due lorsque la convention porte qu'elle sera encourue par le seul défaut d'exécution de l'obligation au jour fixé.

Mais le Code diffère du droit romain, tel que l'interprétait Pothier, en ce que, même dans les cas ordinaires, suivant ce droit, la simple fixation d'un terme constituait le débiteur en demeure, et lui faisait encourir la peine, s'il n'avait pas exécuté au jour fixé, tandis que, d'après le Code civil, il faut pour cela qu'il y ait eu convention que, sans qu'il soit besoin d'acte, la seule échéance du terme constituera le débiteur en demeure ; sauf les cas d'obligations de ne pas faire, auxquelles le débiteur serait contrevenu, et celles aussi qui ont pour objet une chose qu'il ne pouvait faire ou donner que dans un certain temps, qu'il a laissé passer sans exécuter l'engagement.

Ainsi, la convention que le débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le constituant en demeure pour les dommages-intérêts, si effectivement l'engagement n'est point exécuté

(1) *Magnam legum veterum obscuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc præbebat, amputantes, sancimus : ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit, promiserit, et adjecerit, quod si statuto tempore minime hæc perfecta fuerunt, certam pœnam dabit : sciat minime se posse debitor ad evitandam pœnam adjicere quod nullis eum admonuit. Sed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius : cum ea, quæ promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.*

(2) Pothier, n° 349, interprète aussi ce texte en ce sens.

(3) Ibid.

(4) Code de Hollande, art. 1274.

au terme fixé, elle lui fait, par la même raison, et dans le même cas, encourir la peine, qui en est la compensation. Au lieu que dans l'ancienne jurisprudence, et sauf les cas dont nous venons de parler, il eût fallu une interpellation judiciaire pour lui faire encourir la peine ; une simple sommation n'aurait même pas suffi pour cela. On a pensé que l'ancienne jurisprudence exigeait sans nécessité une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, et qu'une simple sommation était même inutile lorsque la convention porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, la seule échéance du terme l'y constituera ; car c'est une loi que le débiteur s'est faite et qu'il doit respecter. Mais d'un autre côté, on a cru que ce n'était pas assez, dans les cas ordinaires, de la seule fixation d'un terme, comme dans le droit romain, interprété comme l'ont fait Pothier et autres. On a dû en effet mettre en parfaite harmonie la clause pénale avec les dommages-intérêts, dont elle tient lieu, et l'on a voulu que les dommages-intérêts, dans les cas ordinaires, ne fussent dus que par la mise en demeure opérée par une sommation ou un autre acte équivalent, ou par l'effet d'une convention spéciale, et non pas par la seule expiration du terme fixé pour l'exécution de l'obligation. On a craint les surprises.

Ces observations étaient nécessaires, parce que souvent en cette matière on invoque des dispositions du droit romain qui ne sont pas toujours d'un grand poids dans la décision des questions qui se présentent, et qui même, bien interprétées, sont parfois contraires.

En résumé, suivant le Code civil, soit que l'obligation contienne un terme dans lequel elle doive être exécutée, soit qu'elle n'en contienne pas, la peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure.

Or, suivant l'art. 1139, le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par tout autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. Dans ce dernier cas, *dies pro homine interpellat*. Le débiteur était averti par la convention, il n'a pas à se plaindre ; il devait se mettre en mesure d'exécuter son engagement ; le tout sauf ce qui sera dit plus bas.

A plus forte raison, une demande judiciaire constitue-t-elle le débiteur en demeure, et lui fait-elle encourir la peine, sauf aussi ce qui va être dit.

Et il s'y constitue de lui-même dans les obligations de ne pas faire, lorsqu'il fait ce qu'il s'était interdit. Par cela seul il doit les dommages-intérêts (art. 1145) (1), et par conséquent la peine, qui en est la compensation. (Art. 1229.)

Toutefois, comme l'observe Pothier, si le fait n'a eu aucune conséquence pour le créancier, n'a diminué en rien ses droits, ne l'a troublé en aucune manière, la peine n'est point encourue. Tel serait le cas, dit cet auteur, où je serais convenu avec quelqu'un, sous une clause pénale, qu'il ne louerait pas sa maison, voisine de la mienne, à un individu de la profession de serrurier ou forgeron : quand bien même il l'aurait louée à quelqu'un de cette profession, si le bail n'a pas eu d'exécution, par une cause ou par une autre, par exemple parce qu'il y a eu résiliation volontaire ou forcée, la peine n'est pas due, attendu que ce que je voulais éviter en la stipulant, c'était le voisinage d'une personne dont le travail m'aurait incommodé : c'était là mon intention. Par l'événement, n'éprouvant aucun préjudice ou incommodité, il ne peut y avoir lieu à aucuns dommages-intérêts, ni par conséquent à aucune peine, puisque la peine est stipulée pour en tenir lieu. On doit toujours interpréter les conventions, dans leurs effets, suivant l'intention vraisemblable des parties. (Art. 1156) (2).

Enfin, dans les obligations de faire ou de donner quelque chose qui ne pouvait être faite ou donnée avec la même utilité pour le créancier que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer sans exécuter son engagement, celui-ci est aussi constitué en demeure par le seul fait du retard (art. 1146), et en conséquence la peine est encourue. Dans ce cas aussi *dies pro homine interpellat*.

En un mot, ce que nous avons dit au tome précédent (3), sur la constitution en demeure du

(1) Code de Hollande, art. 1278.
(2) Ibid., art. 1379.
(3) Chapitre III, sect. 2, § 3, et sect. 3 et 4, nos 464 à 467 inclusivement.

débiteur, relativement à la perte de la chose et aux dommages-intérêts, s'applique à la clause pénale.

354. Mais aussi, comme nous l'avons fait observer au même endroit, le payement devant être exécuté dans le lieu désigné par la convention; si le lieu n'y est pas désigné et qu'il s'agisse d'un corps certain, le payement devant être fait au lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet, et dans les autres cas, au domicile du débiteur (art. 1247), il s'ensuit que la peine n'est point encourue par la seule échéance du terme, si le créancier ne se présente pas pour recevoir le payement au lieu où il doit être fait, quoique la convention portât d'ailleurs que, sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure par la seule expiration du terme; car il n'est pas pour cela obligé de porter la chose ou la somme chez le créancier : celui-ci doit, au contraire, se présenter pour la recevoir au lieu où le payement doit être effectué, et lorsque c'est par le fait du créancier que l'obligation n'a point été exécutée, il ne saurait y avoir lieu à la peine (1). Mais s'il se présente, ou quelqu'un pour lui, et que le débiteur n'exécute pas son engagement, alors il doit faire constater le refus de payement, et la peine sera encourue : il ne peut toutefois le faire constater que le lendemain du jour de l'échéance, parce que, ainsi qu'on l'a dit plus haut (nº 111), le jour du terme appartient en entier au débiteur (2).

355. De plus, dans les obligations qui n'ont pas de terme fixé pour leur exécution, la seule sommation faite au débiteur d'exécuter l'engagement ne suffit pas pour lui faire encourir la peine; il faut encore qu'il n'exécute pas dans le délai qui serait nécessaire pour que la chose pût être faite ou livrée; car celui qui obéit à l'injonction qui lui est faite n'est point en retard : *Is moram videtur fecisse qui litigare maluit, quam restituere.* L. 82, § 1, ff. *de Verb. oblig.* Et si la sommation contenait un délai pour l'exécution, la peine ne serait encourue qu'à l'expiration de ce délai; mais alors elle le serait sans qu'il fût besoin d'un nouvel acte pour constituer le débiteur en demeure, si le délai était suffisant, car il y avait été constitué par la sommation, quoiqu'il ne fût point encore en retard à l'époque où elle a eu lieu : elle l'y a mis pour l'avenir, sans préjudice encore de ce qui vient d'être dit relativement au lieu où doit être fait le payement, et à l'obligation pour le créancier de se présenter ou de faire présenter quelqu'un pour l'y recevoir, quand il ne doit pas être fait chez lui ou chez un tiers désigné.

Enfin, même dans le cas où l'obligation contient un terme, et que le créancier a fait sommation au débiteur d'exécuter, si celui-ci offre de le faire sur-le-champ, la peine n'est point encourue. Il en serait même ainsi dans le cas d'une demande judiciaire. Que l'on ne perde pas de vue, en effet, que le débiteur n'est point obligé de faire des offres pour prévenir une demande; qu'il a seulement la faculté d'en faire, et que dès que, sur la sommation ou demande de payer qui lui est faite, il paye ou offre de payer, il n'est point en retard, quoiqu'on ait fait un acte qui devait avoir pour effet de le constituer en demeure, d'après l'art. 1139. Mais cet acte ne devait avoir cet effet qu'autant que le débiteur n'y obtempérerait pas de suite : il était conditionnel en soi. En un mot, celui qui fait ce qu'on lui demande, et qui le fait où il doit le faire, et au temps convenu, n'est point en retard, parce que, encore une fois, *Is moram videtur fecisse qui litigare maluit, quam solvere.*

356. Et, comme nous venons de le dire, lorsque c'est par le fait du créancier que le débiteur a été empêché de s'acquitter, il ne saurait y avoir lieu à la peine. L. 122, § 3, ff. *de Verb. oblig.* Tel est le cas où il n'a pas voulu recevoir les offres régulières qui lui ont été faites, ou lorsqu'il a fait sommation au débiteur de ne pas faire ce que celui-ci s'était obligé à faire, ou lui a refusé la matière qu'il devait lui fournir pour cela.

357. Il en est de même lorsque c'est par suite de force majeure que le débiteur n'a pas fait ce qu'il avait promis de faire, ou a fait ce qu'il s'était interdit : dans ces cas aussi il n'est dû aucuns dommages-intérêts (art. 1148) (3), ni par conséquent aucune peine, puisque la peine est stipulée pour en tenir lieu. (Art. 1229.)

(1) L. 122, § 3, ff. *de Verb. oblig.*

(2) L. 42, ff. *de Verb. oblig.*, et § 2, Instit. *eod. tit.* Voyez aussi ce que nous avons dit au tome précédent, nº 443.

(3) Code de Hollande, art. 1281.

SIXIÈME RÈGLE : *La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation a été acquittée en partie.*

358. Un débiteur ne peut faire à son créancier, malgré celui-ci, un payement partiel (art. 1220 et 1244) (1), tant que son obligation, quoique divisible, n'est pas divisée par l'effet de quelques circonstances, telle que serait le cas où la compensation se serait opérée pour partie (article 1290) (2) : aussi les offres qu'il lui ferait d'une partie de la dette ne lui éviteraient aucune partie de la peine stipulée, parce qu'elles seraient nulles. (Art. 1258) (3).

Mais si le créancier a consenti à recevoir un payement partiel, ou si la dette a été éteinte en partie par l'effet de la compensation, la peine doit être modifiée; car n'étant stipulée que pour tenir lieu des dommages-intérêts qui pourraient être dus à raison du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation, il est clair qu'il recevrait, contre le vœu de la loi, tout à la fois le principal et la peine, en recevant partie de la dette et la totalité de cette peine. Elle doit donc être réduite.

L'art. 1231 (4) semble, il est vrai, laisser cela à la sagesse du juge, car il porte : « La peine *peut* « être modifiée par le juge, lorsque l'obligation « a été exécutée en partie. » C'est qu'en effet il est des cas où l'exécution partielle n'empêcherait point la peine d'être due en totalité, parce que cette exécution partielle n'aurait prévenu pour aucune partie le dommage qu'a éprouvé le créancier, à raison du défaut d'exécution de l'obligation pour le total. Nous en donnerons tout à l'heure des exemples; mais, en principe, lorsque la dette a été acquittée en partie, la peine doit être modifiée, parce qu'elle est stipulée pour tenir lieu des dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation, et que ces dommages-intérêts représentant l'objet de la dette en son entier, ils doivent être moindres quand elle a été acquittée en partie.

C'est sur ce fondement qu'Ulpien, dans la loi 9, § 1, ff. *Si quis cautioni in judicio sistendi causa factæ non obtemperaverit*, dit que, bien que selon la subtilité du droit, la peine, dans le cas prévu à cette loi, pût paraître avoir été encourue pour le total, néanmoins il est équitable qu'elle ne le soit que dans la proportion de la partie de l'obligation qui n'a point été acquittée. Dans l'espèce de la loi, un individu s'était obligé à représenter en justice certains esclaves, qu'on réclamait de lui, et il avait promis une peine en cas d'inexécution. L'un de ces esclaves n'ayant point été représenté, Ulpien dit, d'après Labéon, qu'à la vérité la peine est encourue pour le total par ce seul fait, parce qu'elle avait été stipulée pour le défaut de représentation de tous les esclaves; mais le jurisconsulte ajoute que si le débiteur offre la peine à raison de l'esclave non représenté, et que, nonobstant cela, le créancier le poursuive ensuite pour la totalité de la peine, il pourra le repousser par l'exception de dol, attendu qu'il ne doit pas, après avoir exécuté l'obligation en très-grande partie, payer encore la totalité de la peine.

En conséquence de ce principe, Dumoulin décide que : *In omnibus obligationibus, sive individuis, sive dividuis, pœna non committitur, nisi pro parte contraventionis efficacis, nec potest exigi cum principali; sed creditor non tenetur partem principalis, et partem pœnæ accipere. Molin. Tract. de Divid. et indiv.*, § 3, n° 112.

Ainsi, je conviens avec une personne qu'elle me fournira, au printemps prochain, mille jeunes arbres de telle espèce, pour planter un verger ou une avenue, à peine de 1,000 francs de dommages-intérêts. Le débiteur, comme dit Dumoulin à la fin de sa décision, ne peut me forcer à recevoir cinq cents arbres, en offrant de me payer la moitié de la peine. D'abord, parce que je ne pourrais être contraint de recevoir partie d'une chose et partie de l'autre, lors même que l'obligation serait alternative, et elle ne l'est point; en second lieu, parce que je ne puis être forcé de recevoir partie de la dette, fût-elle d'une somme; et enfin parce que les mille arbres stipulés étant nécessaires pour faire la plantation complète que je me suis proposé de faire, j'éprouverais un préjudice si je n'avais de quoi la faire qu'en partie seulement. Mais si je veux bien recevoir les cinq cents arbres que m'offre le débiteur, je ne puis ensuite exiger la peine en totalité,

(1) Code de Hollande, art. 1335 et 1426.
(2) Ibid., art. 1462.
(3) Code de Hollande, art. 1441.
(4) Ibid., art. 1345.

puisque cette peine ayant été convenue pour tenir lieu des dommages-intérêts, et les dommages-intérêts tenant lieu de toute la dette, dès qu'une partie de cette dette est acquittée, une partie correspondante de la peine n'a plus d'objet. Demander encore la peine en totalité serait donc une injustice.

Cependant, comme nous l'avons dit, l'art. 1231 semble laisser au juge la faculté de modifier ou non la peine, puisqu'il porte que « la peine *peut* « être modifiée par le juge lorsque l'obligation « principale a été acquittée en partie. » Toutefois nous ne pensons pas que cela soit facultatif au juge lorsque le créancier a reçu volontairement du débiteur un payement partiel sans faire de réserve que la peine serait encore due pour le total à défaut d'exécution du surplus de l'obligation selon sa teneur; s'il a fait cette réserve, et que le débiteur y ait adhéré, alors c'est une nouvelle convention qui doit recevoir son effet comme dans les cas ordinaires. Il y a une sorte de novation quant à la peine, en ce qu'elle eût dû être réduite d'après le droit commun, et qu'elle ne devra pas l'être d'après la convention.

Mais le juge a la faculté de maintenir la peine en son entier lorsque l'exécution partielle de l'obligation n'a pas eu lieu de l'aveu formel du créancier et qu'elle n'a prévenu pour aucune partie le préjudice qu'il voulait prévenir en la stipulant. C'est dans la prévoyance de ce cas que l'art. 1231 a été rédigé, en laissant au juge le pouvoir de la modifier. Par exemple, je me suis obligé envers vous à payer à Paul, qui menace d'exercer la contrainte par corps contre vous et de faire vendre vos biens, la somme de 3,000 fr. dans un mois à compter de ce jour, à peine de 200 francs de dommages-intérêts. La peine est ici stipulée pour le simple retard. J'ai payé seulement 1,500 fr., que Paul a bien voulu recevoir. Dans ce cas il faut distinguer : si les 1,500 francs payés n'ont pas empêché Paul de faire des poursuites, notamment d'exercer contre vous la contrainte par corps, ce payement partiel n'empêchera pas non plus la peine d'être encourue pour la totalité, parce que, bien que Paul ait reçu volontairement ces 1,500 francs, vous n'êtes pas censé les avoir volontairement reçus vous-même, et que ce payement partiel n'a pas prévenu le préjudice que vous vouliez prévenir en stipulant la peine. Mais si ce payement a, de fait, détourné Paul du dessein de vous poursuivre ainsi qu'il l'aurait fait sans cela, s'il a prévenu réellement le préjudice que vous vouliez éviter, il est clair qu'il vous a été utile en partie, puisqu'il vous a libéré en partie ; en conséquence le juge peut et même doit modérer la peine, et la proportionner à la partie de la dette qui n'a point été acquittée à son échéance.

359. L'article 1244 (1) porte que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible; mais il ajoute que, « les juges peuvent *néanmoins*, en « considération de la position du débiteur, et en « usant de ce pouvoir avec une grande réserve, « accorder des délais modérés pour le payement, « et surseoir l'exécution des poursuites, toutes « choses demeurant en état. » De là s'élève la question de savoir si, lorsque le débiteur a obtenu un délai de grâce, la peine ne doit être encourue qu'autant qu'il ne satisferait point à son obligation à l'expiration de ce délai, même dans le cas où cette peine n'aurait été stipulée que pour le simple retard?

Pour l'affirmative, l'on peut dire que la peine n'est stipulée que pour prévenir ou réprimer la mauvaise foi du débiteur, et que puisqu'il obtient un délai de grâce, c'est parce que le juge, qui ne doit l'accorder qu'avec une grande réserve, et en considération seulement de sa position, n'a vu en lui aucune mauvaise foi, aucune résistance injuste. On peut dire aussi que, nonobstant la règle que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134), si la loi générale permet au juge d'accorder des délais modérés au débiteur, si elle soustrait celui-ci momentanément à toutes les poursuites et contraintes auxquelles il s'était librement soumis, et qui sont la peine de l'inexécution de son engagement, par la même raison il est entré dans l'esprit de la loi de le soustraire momentanément à l'effet de la peine stipulée; car les poursuites en expropriation forcée, et autres, sont censées convenues entre les parties, même celle de la contrainte par corps, dans les cas où la loi l'autorise. On peut dire en outre que, puisque le débiteur a obtenu

(1) Code de Hollande, art. 1426.

un délai, c'est comme si le terme convenu n'était pas expiré (sauf en ce qui touche la compensation, art. 1292) (1), et dès lors que la peine n'est point encore encourue par la seule expiration de ce terme. Enfin, puisque l'art. 1244 porte que *toutes choses demeureront en état,* cela doit être aussi quant à la peine, autrement il y aurait un notable changement dans la position du débiteur, et il ne serait pas vrai de dire que toutes choses demeurent en état.

Mais pour prétendre que la peine est encourue, l'on peut dire que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que si le Code permet au juge d'accorder des délais modérés au débiteur, en considération de sa position, cette faculté ne va pas jusqu'à ravir au créancier un droit acquis en vertu de la stipulation qu'il a faite précisément en vue du cas où l'obligation ne serait point exécutée selon sa teneur; qu'à la vérité le juge peut accorder, même pour le payement de la peine, un délai de grâce, comme il peut le faire pour le payement de l'obligation principale elle-même, mais cela ne doit pas s'étendre jusqu'à détruire l'effet de la stipulation, ou du moins à l'altérer aussi sensiblement, puisque, d'un droit certain et acquis, l'exercice de cette faculté ferait un droit purement éventuel, subordonné au cas où le débiteur ne payerait pas à l'échéance du terme de grâce. Ce serait méconnaître la lettre et l'esprit de l'art. 1230, suivant lequel la peine est encourue lorsque le débiteur a été mis en demeure de remplir son obligation : or, dans l'espèce, il a été mis en demeure. Et quant à l'objection tirée de ce que l'art. 1244 veut que les choses restent dans le même état pendant ce délai, pour en conclure que l'effet de la clause pénale doit être aussi suspendu, on y répond facilement en disant que, précisément pour que les choses restent dans le même état, la peine qui était alors encourue ne peut plus dépendre d'un événement postérieur. Le juge peut suspendre les poursuites, mais non ravir au créancier un droit acquis, sans méconnaître la loi particulière que le débiteur s'est faite, et sans violer la loi générale.

360. Le principe que la peine n'est généralement encourue qu'en proportion de la partie pour laquelle l'obligation principale n'est point exécutée, a pareillement lieu lorsque je me suis fait fort d'un tiers et que ce tiers a exécuté en partie l'obligation. Par exemple, si je me suis porté fort pour Paul qu'il ne vous évincerait pas d'un fonds qui lui appartient et que je vous ai livré, et que j'aie promis une peine au cas où il vous évincerait : si, Paul étant venu à mourir, l'un de ses héritiers seulement vous évince pour sa part, *puta* pour la moitié du fonds, la peine ne sera encourue que pour la moitié, à moins qu'il n'apparaisse d'une intention contraire des parties. Dumoulin, *Tract. de Divid et individ.,* § 3, nº 531, et Pothier, *des Obligations,* nº 351.

Toutefois, dans ce cas, le juge pourrait ne pas réduire la peine à la juste moitié, à cause du préjudice que cette éviction partielle pourrait faire éprouver au créancier sous d'autres rapports encore que celui de la privation de moitié du fonds, celle qui lui reste pouvant ne plus avoir pour lui la même valeur qu'elle avait quand le fonds était en entier à sa disposition. C'est en vue de ce cas, et autres semblables, que l'art. 1231 se borne à dire que la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation a été exécutée en partie, sans ajouter qu'elle devra être réduite à la juste mesure de la partie de l'obligation qui n'a point été exécutée.

361. Mais quoique le débiteur n'ait apporté que peu de retard à exécuter son obligation depuis l'échéance du terme et sa mise en demeure, néanmoins, si la peine a été stipulée pour le simple retard, elle est encourue en entier, et le juge n'a pas le pouvoir de la réduire, sur la seule considération que le retard a été peu considérable. Tel serait le cas où je m'obligerais à vous passer acte de vente de mon jardin moyennant 10,000 fr. dans les trois mois à compter de ce jour, à l'expiration desquels, faute par moi de l'avoir fait sur votre demande, je serais en demeure, et tenu de payer 1,000 fr. à titre de peine, sans préjudice de l'obligation principale. Si, après avoir été mis en demeure de passer l'acte à l'expiration du délai fixé, et m'y étant refusé, j'offrais quelques jours après de le passer, je n'éviterais pas pour cela la peine en totalité ; car elle aurait précisé-

(1) Code de Hollande, art. 1464.

ment été stipulée pour un cas qui se serait complétement réalisé.

362. Les obligations qui consistent à faire un certain ouvrage, comme une maison, un théâtre, une salle de bains, sont bien, ainsi que nous l'avons dit précédemment, indivisibles, en ne considérant l'ouvrage que comme un tout parfait, *opus consummatum et perfectum,* et non le fait passager de la construction, l'addition d'une matière à une matière déjà employée ; mais néanmoins le principe que le juge peut modérer la peine lorsque l'obligation a été exécutée en partie, s'applique aussi à ces sortes d'obligations quand elles ont été exécutées en partie, par la confection d'une partie seulement de l'ouvrage, et lorsque ce qui a été construit peut être utile au créancier. La peine ne doit pas cependant nécessairement être réduite à la juste proportion de la partie qui resterait à faire, attendu que le créancier peut souffrir un préjudice de l'inexécution de l'obligation en totalité, à raison de ce que la confection de cette partie pourrait lui coûter davantage qu'elle ne devait lui coûter d'après le contrat, et à raison aussi d'autres circonstances. Ce serait un de ces cas laissés à la sagesse du juge par notre article 1231 (1).

Il faut toutefois remarquer que si le contrat avait été fait avec un ouvrier, architecte, ou entrepreneur, traitant en cette qualité, et que l'ouvrage fût resté sans être achevé à cause de sa mort, la peine stipulée ne serait due pour aucune portion, parce que, dans ce cas, le contrat étant dissous, aux termes de l'article 1795 (2), il ne peut pas être dû de peine ; sauf le cas où l'entrepreneur de l'ouvrage aurait été en retard de remplir son engagement par sa faute.

363. Le principe que le créancier ne doit pas avoir toute la peine quand il retire ou peut retirer un avantage de l'exécution en partie de l'engagement, s'applique même aux obligations d'une indivisibilité absolue, telle qu'une promesse de servitude ; et Pothier, d'après Dumoulin (3), donne l'exemple suivant.

Vous vous êtes obligé à me faire constituer un droit de passage sur un héritage dont vous jouissez à titre d'usufruitier, et qui est voisin du mien, en vous faisant fort des propriétaires, à peine de 600 francs de dommages-intérêts. Trois des copropriétaires ratifient, mais le quatrième s'y refuse : la peine, à la vérité, m'est due en totalité, parce que le refus d'un seul des propriétaires empêche que la servitude ne soit constituée, une servitude ne pouvant s'acquérir pour partie, et par conséquent ne pouvant être imposée que par tous les copropriétaires du fonds sur lequel on veut l'établir. Cependant comme cette ratification ôte le droit à ceux qui l'on donnée de s'opposer à ce que j'exerce la servitude, et qu'elle peut m'être utile au cas où je viendrais à acquérir la portion de celui qui n'a pas voulu y adhérer, ou à obtenir son adhésion, je ne puis demander la peine que pour partie seulement ; ou bien, si je la demande pour le tout, parce que, de fait, l'obligation ne se trouve être encore exécutée utilement pour moi pour aucune partie, je devrai renoncer au bénéfice de la ratification ; car je ne dois pas pouvoir percevoir toute la peine et retirer quelque chose de l'obligation principale, quoique ce que j'en retirerais maintenant n'eût qu'une utilité éventuelle.

364. Notre principe s'applique aussi au cas où ce qui ferait l'objet de la peine serait quelque chose de parfaitement indivisible. Par exemple, je me suis obligé à vous payer la somme de 1,000 francs à telle époque, à peine de souffrir que vous passerez sur mon fonds pour aller au vôtre. La peine n'est pas stipulée ici pour le simple retard, mais cela ne fait rien à la question. Si je vous paye par à-compte 500 francs seulement, que vous avez bien voulu recevoir, vous ne pourrez pas ensuite exiger la peine pour le total, à défaut du payement du surplus de la somme à l'échéance. Si vous tenez de préférence à l'exécution de la clause pénale, après ma mise en demeure, comme la peine consiste en quelque chose qui n'est pas susceptible de parties, il faudra qu'en exerçant

(1) Code de Hollande, art. 1345.
(2) Ibid., art. 1648.

(3) *Tract. de Divid. et individ.*, § 3, nos 472 et 473. Pothier, *des Oblig.*, no 353.

le passage, vous m'offriez de me payer la moitié de sa valeur, la peine ne vous étant due que pour moitié, et cela, soit qu'elle ait été stipulée pour le cas d'inexécution absolue de l'obligation, soit qu'elle l'ait été pour le simple retard. Pothier, nº 354.

365. Nous avons dit plus haut que, lorsque le créancier, en recevant un payement partiel de son débiteur, a fait ses réserves dans la quittance que la peine serait encore due pour la totalité si le surplus de l'obligation n'était pas acquitté à l'échéance, cette nouvelle convention devait recevoir son exécution comme dans les cas ordinaires. En effet, elle opère une sorte de novation quant à la peine, laquelle, sans les réserves, n'eût plus été due que pour partie, au moyen de l'exécution de partie de l'obligation principale. Mais cette décision est susceptible de modification dans quelques cas. Par exemple, s'il s'agissait d'une obligation de somme ou de choses fongibles, que la peine fût hors de proportion avec l'intérêt ordinaire pour ce qui resterait encore à payer, et qu'il n'y eût pas dans l'affaire quelqu'une de ces circonstances qui motiveraient les réserves et feraient disparaître l'usure; alors la peine pourrait être réduite, comme elle doit l'être, dans le même cas, lorsqu'elle a été convenue dès le principe à un taux exagéré, et qu'elle n'a été stipulée que pour couvrir un intérêt illicite, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent, nºs 487 et suivants.

Et même dans les cas ordinaires, si c'était un incapable qui eût fait le payement partiel, avec les réserves dont il s'agit, ces réserves n'empêcheraient point le juge de modérer la peine, suivant les circonstances de la cause; car l'incapable ne pouvant pas plus quant à la peine que quant à l'obligation principale, faire une novation qui puisse lui préjudicier (art. 1272), il n'a pu par conséquent renoncer au bénéfice du droit commun, établi par l'art. 1231. Toutefois le créancier aurait le droit de remettre les choses au même état qu'avant le payement partiel, et tout se passerait ensuite comme si ce payement n'avait pas eu lieu; car l'acte ou la quittance qu'il a fait ou donnée avec réserve de tous ses droits ne devrait pas être scindé contre son gré.

§ II.

Des effets de la clause pénale par rapport aux héritiers du débiteur.

SOMMAIRE.

366. *Comment la peine est encourue par les héritiers du débiteur, par leur contravention, dans le cas où l'obligation est indivisible, et dans quelle proportion.*
367. *Dans quelle proportion elle est due par eux, dans ces mêmes obligations, lorsqu'elle a été encourue par leur auteur.*
368. *Cas dans lesquels la peine consiste en quelque chose d'indivisible.*
369. *La nature de l'obligation indivisible ne donne pas nécessairement cette qualité à la peine dans ses effets entre les héritiers des parties.*
370. *Application de l'art. 1232, par un exemple donné par Pothier, et lois romaines.*
371. *Différence entre les héritiers du débiteur d'une dette indivisible avec clause pénale, et les débiteurs solidaires obligés aussi sous une peine.*
372. *Différence aussi quant à l'obligation des héritiers du débiteur d'une dette indivisible sous une peine, d'avec le cas où il n'y aurait pas de peine.*
373. *A quel titre celui des héritiers qui a fait encourir la peine en est tenu pour le tout dans le cas d'une obligation indivisible.*
374. *Lorsqu'un héritier, en contrevenant à l'engagement du défunt, n'a fait qu'user de son droit particulier, il ne doit que sa part de la peine, quoiqu'il eût empêché la convention d'être exécutée en totalité; et les autres doivent aussi la leur.*
375. *Les décisions portées sur le cas d'une dette indivisible avec clause pénale, relativement aux héritiers du débiteur, s'appliquent généralement aussi au cas d'une pareille obligation contractée par plusieurs sans solidarité.*
376. *Quel est, par rapport aux héritiers du créancier, l'effet de la peine, lorsque l'obligation indivisible n'a pas été exécutée à l'égard de l'un d'eux, mais l'a cependant été à l'égard des autres, nonobstant son indivisibilité; droit romain.*
377. *Texte de l'art. 1233.*
378. *Sa première partie a été puisée dans la loi 4,* § Cato, 1, *ff.* de Verb. oblig., *qui paraît opposé à la loi 5,* § Si sortem, *au même titre, et qui est le type de la seconde partie de cet*

366. Lorsque l'obligation avec clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur ; et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leurs recours contre celui qui a fait encourir la peine. (Art. 1232) (1).

Par conséquent elle peut l'être pour le tout contre chacun des héritiers, si tous ont fait la contravention, sauf leur recours entre eux.

367. On suppose ici que la peine n'a point été encourue du vivant du débiteur ; qu'elle ne l'a été que par le fait de ses héritiers, ou de l'un ou plusieurs d'entre eux ; et l'on suppose aussi qu'elle consiste en quelque chose de divisible, ce qui est le cas le plus ordinaire. Si, dans cette hypothèse, elle avait été encourue par le débiteur lui-même, elle ne pourrait être demandée à chacun de ses héritiers que pour sa part héréditaire, et hypothécairement pour le tout, sauf le recours.

368. Mais si ce qui serait la matière de la peine était quelque chose d'indivisible, comme une servitude sur l'un des fonds du débiteur, ou un corps certain, ou quelque autre chose qui, dans l'intention des contractants, ne devait pas être payé partiellement, et que le créancier optât pour la peine, alors il y aurait lieu d'appliquer ce qui a été dit précédemment sur ces différents cas, suivant celui dans lequel on se trouverait ; et cela, soit que la peine eût été encourue du vivant du débiteur, soit qu'elle le fût seulement par le fait de l'un de ses héritiers ; sans préjudice, dans cette dernière hypothèse, de l'action et de la *condamnation* pour le tout, sans division, contre celui ou ceux des héritiers qui auraient eux-mêmes fait la contravention.

Il y aurait même lieu à le décider ainsi quoique l'objet de l'obligation principale fût quelque chose de très-divisible : dès que c'est la peine qui est demandée aux héritiers, et que cette peine est quelque chose d'indivisible en soi ou à raison du payement, c'est comme si c'était l'objet de l'obligation principale elle-même qui fût tel et que le créancier le demandât; car, optant pour la peine, cette peine est la chose qui se trouve maintenant être due.

369. Nous ne voulons toutefois pas dire par là que la peine, en ce qui concerne l'action contre les héritiers du débiteur, est absolument subrogée à la place de l'objet de l'obligation principale, et qu'il y ait lieu, en conséquence, de dire dans ce cas, d'une manière absolue : *Subrogatum naturam rei subrogatæ sapit*; car l'article 1232 est la preuve du contraire, puiqu'il suppose que l'objet de l'obligation principale est une chose indivisible dont chacun des héritiers par conséquent était tenu pour le total (art. 1223), sauf le droit particulier accordé par l'art. 1225, et néanmoins, quant à la peine, ceux des héritiers qui n'ont pas fait la contravention ne sont tenus de cette peine que pour leur part héréditaire, sauf les effets de l'action hypothécaire. Aussi les héritiers du créancier ne pourraient chacun demander le tout dans une peine divisible, quoique l'obligation fût indivisible, bien qu'à l'égard du principal chacun d'eux eût l'action pour le tout, sous les limitations que nous avons déduites précédemment. Mais nous disons que, lorsque l'objet de la peine elle-même est indivisible sous quelque rapport, il y a lieu d'appliquer les règles qui seraient applicables à l'obligation principale elle-même, si son objet était tel, et si c'était de cette obligation que l'exécution fût demandée. L'article 1232 lui-même fournit d'ailleurs la preuve de la justesse de cette observation, en donnant l'action hypothécaire pour le tout indistinctement contre chacun des héritiers détenteurs des immeubles hypothéqués pour sûreté du payement de la peine, sauf le recours.

370. La disposition de notre article 1232 est expliquée de la manière suivante par Pothier (nº 355) : « Si quelqu'un, dit-il, s'est obligé « envers moi à me laisser passer sur son héritage « contigu à la maison que j'occupe, tant que « j'occuperais cette maison, à peine de dix livres

(1) Code de Hollande, art. 1346.

« de dommages intérêts en cas d'empêchement ; « et si quelqu'un des héritiers de mon débiteur « me bouche le passage, quoique sans la parti- « cipation et contre le gré de ses cohéritiers, « la peine entière de dix livres sera encourue, « et elle le sera contre chacun des héritiers de « mon débiteur, qui en seront tenus chacun pour « leur part héréditaire ; car le fait qui fait l'objet « de l'obligation primitive étant indivisible, « n'étant pas susceptible de parties, la contraven- « tion qui est faite par l'un des héritiers du débi- « teur à cette obligation est une contravention à « toute l'obligation, qui doit par conséquent « faire encourir toute la peine par tous ceux qui « en sont tenus comme héritiers du débiteur, « qui s'est obligé à cette peine en cas de contra- « vention, »

C'est la décision de Caton, dans la loi 4, § 1, ff. *de Verb. oblig. Cato scribit* : *Pœna certæ pecuniæ promissa, si quid altier sit factum, mortuo promissore, si ex pluribus hæredibus unus contra quàm cautum sit, fecerit aut ab omnibus hæredibus, pœnam committi pro portione hæreditaria, aut ab uno pro portione sua : ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, veluti iter fieri; quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur*. Et plus bas : *Omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari poterit, in illam stipulationem per te non fieri quominus mihi ire agere liceat.*

Le jurisconsulte Paul décide la même chose dans la loi 85, § 3, ff. au même titre : *Quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor;* mais ajoute-t-il ; *cæteri familiæ erciscundæ judicio sarcient damnum*

371. Les héritiers qui n'ont pas fait la contravention, et qui ne sont en conséquence tenus de la peine que pour leur part héréditaire (quand, ainsi que nous l'avons dit, la peine elle-même est divisible) quoique l'objet de l'obligation soit indivisible, diffèrent en cela des débiteurs solidaires, lesquels sont aussi solidairement débiteurs de la peine pour le total, lorsqu'elle est encourue par l'un d'eux comme ils le sont du principal. Tandis que lorsqu'il n'y a pas de clause pénale, et que la chose due est venue à périr par la faute de l'un de ces débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, les autres, à la vérité, ne sont pas déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ils ne sont point tenus des dommages-intérêts qui pourraient être dus en sus du prix. Le créancier peut seulement répéter ces dommages-intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure (art. 1205), ainsi que nous l'avons dit plus haut en traitant de la solidarité. La raison de cette différence tient à ce que lorsqu'il y a eu une peine, cette peine est stipulée en vue du cas d'inexécution de l'obligation principale, comme une condition, dont l'accomplissement fait produire à cette obligation tous les effets qu'elle peut produire, et contre chacun de ceux qui l'ont contractée.

372. C'est pour cela que, dans l'obligation indivisible, les héritiers du débiteur qui n'ont point contrevenu à l'obligation sont néanmoins tenus de la peine pour leur part héréditaire, sauf leur recours contre ceux qui y ont contrevenu ; tandis que s'il n'y avait pas de clause, pénale, ceux des héritiers qui n'auraient point contrevenu à l'obligation, ceux qui, dans l'espèce d'une servitude promise par le défunt sur un de ses fonds, déclareraient ne point s'opposer à ce que celui qui a fait la stipulation exerce cette servitude, ne devraient aucune portion de la peine, laquelle serait due seulement par les contrevenants. Dans les obligations pénales indivisibles, dit Dumoulin, la contravention d'un seul des héritiers réfléchit sur les autres pour leur part héréditaire, *non immediate, sed ejus occasione, et tanquam ex conditionis eventu, ex obligatione defuncti, quæ in eos sub ea conditione descendit.* Or le fait de la contravention est l'accomplissement de la condition sous laquelle la peine a été stipulée ; et en ce qui concerne l'obligation, et par suite la peine pour la part des cohéritiers de celui qui a fait la contravention, il est indifférent que cette contravention ait été commise par lui ou par le défunt, la condition étant pour le fait d'inexécution d'une manière absolue, sauf les cas de force majeure. Comme la peine aurait pu être stipulée sous une condition purement casuelle, au cas où tel événement fort incertain n'arriverait pas, il n'est point étonnant que la contravention d'un seul des héritiers ait des effets qui réfléchissent sur les autres pour

leur part héréditaire, sans que cela soit contraire au principe qu'un héritier ne garantit pas le fait de son cohéritier, lequel, en général, est en effet un étranger par rapport à lui.

Mais aussi, comme tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer (art. 1382), l'héritier non contrevenant qui a été obligé de payer sa part de la peine, sans retirer avantage de la contravention, a une action en recours contre son cohéritier, ainsi que le porte notre art. 1232, et la loi 85, § 3, ff. *de Verb. oblig.*, citée ci-dessus.

373. Pothier (n° 356), pour compléter sa solution sur le cas en question, se demande si le créancier peut exiger la peine en totalité de celui ou de ceux des héritiers qui ont fait la contravention, question décidée pour l'affirmative par notre article 1232. La raison de douter qu'il en donne, c'est, dit-il, que la loi romaine, 4, § 1, ff. *de Verb. oblig.*, dont il a tiré l'exemple qu'il propose, et sa solution, n'en parle pas, et que l'héritier contrevenant à une obligation même indivisible, ne représente toujours son auteur que pour sa part héréditaire dans une peine divisible, lorsque c'est cette peine qui est demandée. Il déclare, du reste, que le créancier, sans le moindre doute, a l'action pour le total contre cet héritier, par voie indirecte, comme ayant, pour les parts des cohéritiers, l'action en recours qu'auraient ceux-ci contre le contrevenant, s'ils étaient obligés de payer leur part de la peine; et il dit que pour éviter ce circuit inutile d'actions, le créancier a, *de plano*, l'action pour le tout contre celui qui a fait la contravention.

Dumoulin (1) rejetait même ce détour : il donnait directement, et en principe, l'action pour le tout contre le contrevenant, et contre chacun d'eux s'ils étaient plusieurs, ainsi que le faisait au surplus Pothier lui-même, quoiqu'il hésitât sur le motif en droit pur. L'obligation primitive étant supposée indivisible, disait Dumoulin, l'héritier contrevenant en est débiteur pour le total, d'après les principes sur les obligations indivisibles, et il est débiteur pour le total de la peine convenue, sinon *tanquam hæres*, du moins *partim tanquam hæres, et partim ex proprio facto:* car, dit-il, dans un autre endroit de son Traité (2) : *Aliud est teneri hæredem ut hæredem, aliud teneri ut ipsum.* L'obligation *præstandi bonam fidem et diligentiam, individuam est.* Et voilà pourquoi il est décidé dans la loi 9, ff. *Depositi vel contra*, que, bien que chacun des héritiers du dépositaire ne soit tenu que de sa part dans l'obligation de restituer le dépôt, qui, d'après cette loi, est considéré comme divisible, néanmoins celui qui a fait périr la chose déposée doit les dommages-intérêts pour le tout : *Et merito, quia æstimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse hæres admisit.* C'est par ce motif aussi qu'Ulpien, dans la loi 3, § 3, ff. *Commodati vel contra*, dit que celui des héritiers de l'emprunteur à usage qui peut exécuter l'obligation de restituer la chose prêtée, et qui ne le fait pas, est passible de l'action et de la condamnation pour le tout : *Quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.*

Aussi, comme nous l'avons dit, si plusieurs des cohéritiers, ou tous, ont contrevenu à l'exécution de l'obligation indivisible avec clause pénale, tous ceux qui y ont contrevenu sont tenus de la peine *in solidum*, sauf leur recours entre eux; car, dit encore Dumoulin : *Quisque eorum tenetur in solidum, quia nec qui peccavit ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit : multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat. Molin., part.* III, n° 148.

374. Au reste, dans le cas où le contrevenant ne ferait qu'user de son droit particulier et indépendant de sa qualité d'héritier, en se refusant à l'exécution de l'obligation, même indivisible, il ne devrait pas la peine pour le total : il ne la devrait que pour sa part héréditaire, parce qu'il ne serait pas vrai de dire qu'il a agi de mauvaise foi comme héritier; et à plus forte raison si c'était dans le cas d'une obligation divisible *quoad obligationem*, quoiqu'elle fût indivisible *quoad solutionem*. C'est par ce motif que, suivant la loi 86, § 3, ff. *de Legatis*, 1° que nous avons déjà eu occasion de citer plus haut (n° 285), lorsqu'un testateur à légué une chose qui appar-

(1) *Tract. de Divid. et individ.*, part. III, nos 173 et 174, *et passim alibi.*

(2) Part. III, nos 3 et 112.

tient à l'un de ses héritiers, en faisant le legs sur tous, cet héritier n'est pas obligé de livrer la chose au delà de sa part; et les autres héritiers sont tenus du legs chacun pour leur portion héréditaire.

Ainsi, et plus spécialement encore, si je vous passe bail pour neuf ans d'un héritage qui appartient à quelqu'un qui devient ensuite mon héritier pour partie, et que je promette une peine en cas d'inexécution du bail, *puta* 600 francs: si je laisse quatre héritiers par égale portion, et que celui qui est propriétaire du fonds fasse prononcer la résiliation du bail, il y aura bien lieu à la peine, sauf à la modérer en raison du temps dont vous aurez joui de la chose, mais cette peine ne sera due par lui aussi que pour sa part héréditaire seulement; et s'il la payait en totalité, il aurait droit à être indemnisé par ses cohéritiers. Car ayant, en sa qualité de propriétaire du fonds, le droit d'en jouir, il n'aurait pas péché contre la bonne foi en vous expulsant : *Dolum non facit qui jure suo utitur.* Il n'est tenu de l'inexécution du bail, et de la peine, qu'en sa qualité d'héritier, et par conséquent seulement pour sa part héréditaire. Dumoulin, part. III, n° 450, et Pothier, n° 363.

Au lieu que si le fonds eût appartenu au défunt, et qu'étant échu à l'héritier par le partage de la succession, cet héritier s'opposât à la jouissance du fermier, par exemple en vendant le fonds, lorsque, dans le droit actuel, le bail n'étant pas authentique ou n'ayant pas acquis date certaine, l'acquéreur expulserait le fermier (art. 1743) (1), alors l'héritier devrait la peine en totalité, sauf son recours, s'il y avait lieu, contre ses cohéritiers, ce qui dépendrait de leurs conventions de partage, et les cohéritiers devraient la peine chacun pour leur part, sauf leur recours aussi s'il y avait lieu (2).

375. Ce que nous venons de décider à l'égard des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible avec clause pénale, s'applique également au cas où une semblable obligation a été contractée par plusieurs, soit que la peine ellemême fût divisible ou non (art. 1222, 1223 et 1232 (3) combinés), et sans préjudice toutefois du cas où l'obligation serait solidaire entre les débiteurs, lesquels alors seraient aussi obligés solidairement quant à la peine, comme on l'a dit ci-dessus.

376. Si, dans le droit romain, l'obligation indivisible avec clause pénale n'avait pas été exécutée envers l'un des héritiers du créancier, en principe la peine était encourue au profit de tous; car dès que l'on était contrevenu à l'égard de l'un d'eux, on était par cela même contrevenu à toute l'obligation, puisqu'elle n'était pas susceptible de parties. Mais cela n'était vrai néanmoins que selon la subtilité du droit; en équité, et dans les résultats, ceux à l'égard desquels l'engagement avait été exécuté étaient écartés par l'exception de dol, s'ils demandaient la peine, même simplement pour leur part héréditaire. Telle est la décision du jurisconsulte Paul, dans la loi 2, § fin., ff. *de Verb. oblig.*, où il s'agit d'un individu qui avait stipulé pour lui et ses héritiers la faculté de passer sur un certain terrain, et qui avait joint une peine à la stipulation; le débiteur était contrevenu à la convention à l'égard de l'un des héritiers, et l'avait exécutée à l'égard des autres : le jurisconsulte se demande si ceux-ci ont une action pour la peine, et il décide la question par l'affirmative, mais en ajoutant qu'ils seront repoussés par l'exception de dol, ce qui voudrait dire, chez nous, qu'ils n'ont pas d'action. *Si stipulator decesserit qui stipulatus erit sibi hæredique suo agere licere, et unus ex hæredibus ejus prohibeatur; si pœna sit adjecta, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli exceptione summovebuntur : si vero pœna nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est, committetur stipulatio.*

La loi 3, § 1er, au même titre, paraît, il est vrai, contraire, en ce qu'elle donne l'action pour obtenir la peine même à celui qui n'a point été empêché d'exercer le passage, sans réserver au débiteur l'exception de dol contre lui. Mais, comme l'observe Pothier (n° 364), Ulpien, dans cette loi, ne parle que selon la subtilité du droit; autrement il y aurait opposition formelle sur ce

(1) Code de Hollande, art. 1612.

(2) *Voyez* Pothier, nos 361 et suivants.

(3) Code de Hollande, art. 1337, 1338 et 1346.

point entre Paul et Ulpien, ce qui ne serait au surplus pas impossible.

Toutefois, Pothier a dénaturé la décision du premier de ces jurisconsultes, quand il a dit que, « selon l'équité, qui doit, en ce cas, prévaloir à « la subtilité, la peine ne doit être encourue « qu'envers celui des héritiers a qui on refuse le « passage ; *et qu'elle ne doit l'être que pour sa « part héréditaire seulement.* » Car précisément Paul décide que cet héritier y a droit pour le tout, quoique, s'il n'y eût pas eu de peine stipulée, il n'eût eu droit à la stipulation, et par suite aux dommages-intérêts à raison de l'inexécution, que pour sa part seulement : *Si vero pœna nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est committetur stipulatio.* Donc s'il y a une peine, celui à qui on a fermé le passage n'a pas l'action seulement *pro parte*, mais *in solidum*, et cela serait incontestablement vrai même chez nous, si c'était un droit de passage pour le service de son fonds qu'un individu eût stipulé pour lui et ses héritiers, et que l'empêchement fût fait à celui à qui le fonds serait échu par le partage de la succession, Mais nous pensons bien que dans le cas où le fonds serait encore en commun entre les héritiers, si l'empêchement n'était fait qu'à l'un d'eux, celui-ci n'aurait droit à la peine que pour sa part, et encore faudrait-il qu'il renonçât à la servitude en ce qui le concerne, puisqu'il ne peut pas avoir le principal et la peine. Mais dans l'espèce de la loi romaine, rien n'indique que la stipulation eût pour opjet une servitude ou un passage pour le service d'un fonds : c'était une stipulation pour la commodité de la personne et de ses héritiers ; et comme la peine avait été stipulée pour l'avantage de chacun d'eux, et que le cas prévu s'était réalisé, la peine était effectivement due pour le total à celui des héritiers à l'égard duquel avait eu lieu l'empêchement, sans que le débiteur pût opposer au demandeur l'exception *doli mali* pour la faire réduire à la proportion de sa part héréditaire.

Voilà pour le cas où l'obligation contractée avec une clause pénale et indivisible; voyons maintenant celui où elle est divisible.

377. L'article 1233 (1) qui statue sur ce cas, porte : « Lorsque l'obligation primitive (ou prin« cipale) contractée sous une peine est divi« sible, la peine n'est encourue que par celui (ou « ceux) des héritiers du débiteur qui contrevient « à cette obligation, et pour la part seulement « dont il était tenu dans l'obligation principale, « sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont « exécutée.

« Cette règle reçoit exception lorsque la clause « pénale ayant été ajoutée dans l'intention que « le payement ne pût se faire partiellement, un « cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation « pour la totalité. En ce cas, la peine entière « peut être exigée contre lui, et contre les au« tres cohéritiers pour leur portion seulement, « sauf leur recours. »

Quoique cette disposition ne dise pas, comme celle de l'art. 1232, que le créancier peut poursuivre la peine hypothécairement pour le tout contre celui des héritiers qui serait détenteur d'immeubles hypothéqués pour sûreté de la peine, néanmoins cela n'est pas douteux. L'hypothèque suit la chose en quelque main qu'elle se trouve. (Art. 2114.) La raison est absolument la même que lorsque l'obligation principale est indivisible, puisque dans les deux cas il s'agit de la peine avec hypothèque, et c'est probablement pour cela qu'on n'a pas répété dans cet art. 1233, ce qu'on avait déjà dit dans l'article précédent relativement à l'hypothèque. Aussi l'action hypothécaire aurait elle lieu pour ce qui serait dû de la peine, même contre ceux des héritiers qui auraient acquitté leurs parts de l'obligation dans le premier cas de notre art. 1233, quoiqu'il y soit dit : *sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'on exécutée;* car on n'entend parler que de l'action personnelle, et non de l'action hypothécaire, laquelle a lieu contre tout détenteur quelconque des biens ou d'une partie des biens hypothéqués à la dette, et pour tout ce qui est dû. Le tout, sauf le recours.

378. La disposition principale de cet article est tirée de la loi 4, § 1er, *de Verb. oblig.* ainsi conçu : *Si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi: eum hæredem qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere.* Par exemple, Paul et moi, étant en difficulté au sujet d'une prétention tendant à ce que je lui livrasse cent hectolitres de

(1) Code de Hollande, art. 1347.

froment, réclamés par lui par tel ou tel motif, n'importe, nous avons fait un compromis, par lequel nous avons choisi des arbitres pour décider de cette contestation, et nous sommes convenus d'une peine de 400 fr., à payer par celui qui reviendrait contre la décision des arbitres, pour quelque cause que ce fût. Les arbitres ont décidé que la prétention de Paul était tout à fait mal fondée; mais ce dernier étant venu à mourir, laissant quatre héritiers, chacun pour un quart, l'un deux, au mépris de la convention portée au compromis, a cru devoir renouveler la prétention et me demander judiciairement sa part dans les cent hectolitres de blé, que les arbitres ont jugé que je ne devais pas. Il a évidemment encouru la peine, mais il ne l'a encourue que pour sa part seulement, parce que l'obligation principale était divisible. Et les autres qui ne sont point revenus contre la décision des arbitres, ne sont nullement tenus de la peine, autrement je recevrais tout à la fois toute la peine et une partie de l'obligation principale, contre le principe consacré à l'article 1229, et aussi contre celui de l'art. 1231, suivant lequel la peine peut (et même *doit* dans la plupart des cas) être modérée lorsque l'obligation a été exécutée en partie. Pothier, nº 359.

Mais à cette loi 4, § 1, ff. *de Verb. oblig.*, semble fortement opposé le § 4, *Si sortem*, de la loi 5, au même titre. Ce dernier texte décide aussi, dans le cas d'une obligation divisible, celle d'une somme, avec clause pénale, que, bien que l'un des héritiers du débiteur ait satisfait à l'obligation pour sa part héréditaire, il ne laisse pas néanmoins d'encourir la peine si son cohéritier n'y satisfait pas également pour la sienne, sauf à lui son recours contre le cohéritier qui a fait encourir la peine : *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi unus ex hæredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec portio cohæredis solvatur..., sed a cohærede ei satisfieri debet; nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest.*

Les interprètes, tant anciens que modernes, observe Pothier, se sont efforcés de concilier ces deux textes. Dumoulin rapporte à ce sujet différentes conciliations des anciens interprètes qu'il réfute toutes; et suivant Pothier, dont la décision a été adoptée par les rédacteurs du Code, il faut s'en tenir à la conciliation de Cujas et à celle de Dumoulin (1), qu'il a réunies en une seule de la manière suivante :

« Lorsque, dit-il, l'obligation est divisible *tam* « *solutione, quam obligatione*, et que l'intention « des parties en ajoutant la clause pénale a été « simplement d'assurer l'exécution de l'obliga- « tion, et non d'empêcher que le payement ne « pût s'en faire par parties par les différents « héritiers du débiteur; surtout lorsque le fait « qui fait l'objet de l'obligation primitive est « tel que les différents héritiers ne peuvent l'ac- « complir autrement que chacun pour la part « dont il est héritier; en ce cas la décision de « Caton (dans la première des lois ci-dessus) doit « avoir lieu : celui des héritiers du débiteur qui « contrevient à l'obligation doit seul encourir la « peine, et pour la part seulement dont il est « héritier. Le fait rapporté dans l'espèce du § *Cato* « *amplius non agi*, est de ces faits divisibles « *tam solutione, quam obligatione*, et qui, par « la nature des choses, ne peuvent s'accomplir « par les différents héritiers de celui qui a con- « tracté l'engagement, que pour la part dont « chacun est héritier; car chacun de ces héri- « tiers ne succédant que pour sa part au droit et « à la prétention que le défunt s'est engagé de « ne pas exercer, chacun d'eux ne peut que pour « sa part contrevenir à cet engagement ou l'exé- « cuter, en renouvelant ou en ne renouvelant « pas cette prétention pour la part qu'il y a. »

« Au contraire, poursuit Pothier, lorsque l'o- « bligation est divisible, à la vérité, *quoad obli-* « *gationem*, mais indivisible *quoad solutionem*, « et que l'intention des parties a été, en ajoutant « la clause pénale, que le payement ne pût se « faire que pour le total et non par parties : en « ce cas, chacun des héritiers, en satisfaisant « pour sa part à l'obligation primitive, n'évitera « pas d'encourir la peine; et c'est à ce cas qu'on « doit restreindre le § *Si sortem*, lequel se concilie très-bien avec le § *Cato.* »

Et là Pothier, d'après Dumoulin, donne pour exemple de la décision du § *Si sortem* : L'espèce « d'un négociant qui a stipulé de son débiteur « une certaine somme par forme de peine, au

(1) *Tract. de Divid. et individ.*, part. 1, nºs 62 et *seq.*

« cas que la somme principale à lui due ne lui « fût pas remise dans un certain lieu, au temps « d'une certaine foire. Les offres que l'un des « héritiers ferait de lui remettre sa part de ladite « somme, n'empêcheraient pas que la peine « ne fût due pour le total, faute d'offrir le « total ; parce que ce négociant ne pouvant faire « les affaires qu'il a à la foire qu'avec le total de « la somme qui lui est due, l'intention des parties « a été, en stipulant la peine, qu'elle fût encou- « rue pour le total, faute du payement du total « de la somme due, et nonobstant le payement « partiel qui en serait fait, car ce payement par- « tiel ne peut réparer, même pour partie, le « tort que le créancier souffre du retard du paye- « ment du surplus, et c'est pour la réparation « de ce tort que la peine a été stipulée. Et il « faut observer que, dans cette espèce, qui est « celle du § *Si sortem*, la peine est stipulée pour « le retard de l'exécution, et non pour l'inexécu- « tion ; c'est pourquoi le créancier doit recevoir « le principal et la peine. »

« Enfin, continue Pothier, la loi 85, § 6, « ff. *de Verb. oblig.*, est aussi dans l'espèce d'une « obligation divisible, à la vérité, *quoad obliga- « tionem*, mais indivisible *quoad solutionem*. « Il est dit dans l'espèce de cette stipulation : « *Si fundus Titianus datus non erit, centum « dari? Nisi totus detur, pœna committitur « centum; nec prodest partes fundi dare ces- « sante uno, quemadmodum nec prodest ad « liberandum pignus partem creditori solvere.* « Quoique l'obligation de donner *fundum Titia- « num* soit une obligation divisible *quoad obli- « gationem*, néanmoins cette obligation, soit « qu'elle naisse d'un contrat de vente ou d'un « contrat d'échange, ou d'une transaction, ou de « quelqu'autre cause, est indivisible *quoad solu- « tionem*, le créancier ayant intérêt de n'avoir « pas le fonds Titien pour partie, et ayant « entendu l'acquérir pour le total : c'est pour- « quoi si l'un des héritiers du débiteur est en « demeure de donner sa part de cet héritage, « les offres des autres héritiers de donner les « leurs, la cession même qu'ils en auraient « faite au créancier, qui ne l'aurait acceptée « qu'en attendant, et comptant, sur la cession « du surplus, n'empêcherait pas le créancier de « pouvoir demander la peine pour le total, en « offrant néanmoins de se désister des portions « de l'héritage qu'il aurait reçues; car il ne peut « avoir l'un et l'autre. »

On peut encore supposer bien d'autres cas, par exemple, celui où quelqu'un, obligé lui-même sous une clause pénale, ou ayant à éviter une contrainte par corps, ou à exercer un réméré dans un certain temps, stipulerait de l'un de ses débiteurs, *puta* de celui à qui il vendrait un objet, qu'il lui en payera le prix à tel jour, faute de quoi il payera telle somme à titre de peine, stipulant aussi cette peine en vue que le payement ne pût se faire partiellement. Si, dans ces cas, le débiteur étant venu à mourir avant que la peine ait été encourue, l'un de ses héritiers empêche, comme le dit l'article 1233, l'exécution de l'obligation pour la totalité, cet héritier, suivant ce même article, peut être poursuivi pour le total de la peine, et les autres pour leur portion seulement, sauf leur recours. Et la peine étant stipulée même pour le simple retard, celui qui l'aurait encourue pour la totalité, et qui l'aurait payée, n'aurait pas de recours à cet égard contre les autres, parce que le payement de la peine seulement ne les libérerait pas quant à l'obligation principale. Mais si la dette elle-même avait été aussi acquittée par lui, il aurait son recours contre ses cohéritiers pour la portion héréditaire de chacun d'eux.

Il serait utile, au surplus, dans ces cas, de faire mention, dans l'acte, des circonstances qui motiveraient la clause pénale, afin de prévenir l'allégation d'usure.

Nous disons *si le débiteur est venu à mourir avant que la peine ait été encourue;* et en effet, s'il est venu à mourir après, la peine a passé à chacun de ses héritiers pour leur part héréditaire, et il n'y a pas de raison pour qu'aucun d'eux en soit tenu pour le total ; aucune disposition du Code ne le dit ; au contraire, la première de celles de notre article 1233 divise la peine entre les héritiers, dans l'hypothèse même où c'est par eux qu'elle a été encourue, et elle n'en rend passibles que ceux qui n'ont pas exécuté l'obligation ; et la seconde suppose aussi que c'est par le fait de l'un des héritiers, et non par le débiteur lui-même, qu'elle a été encourue ; ce qui ne fera pas toutefois que la dette elle-même puisse, contre le gré du créancier, s'ac-

quitter par parties par les héritiers, puisqu'elle a été contractée dans l'intention que le payement ne pourrait s'en faire partiellement, ce qui rend applicable, par conséquent, la disposition du nº 5 de l'art. 1221, et ce que nous avons dit en expliquant cette disposition.

379. Mais celle que nous analysons maintenant présente quelques difficultés sur le sens de ces mots : *un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité,* cas dans lequel, suivant l'article, cet héritier est passible de la peine pour le total, et les autres pour leur portion seulement, et sauf leur recours.

De là on demande si le créancier n'ayant pas voulu recevoir les offres que l'un ou plusieurs des héritiers lui auraient faites de leur part (car il ne pouvait être contraint à recevoir un payement partiel), la peine entière n'a pas été encourue par chacun d'eux, faute par eux d'avoir offert le total.

Et si, lorsque le créancier, avant l'échéance ou lors de l'échéance, a volontairement reçu d'un cohéritier sa part dans la dette, sans faire de réserve quant à la peine, cet héritier doit encore sa part dans ladite peine, qu'un cohéritier a fait encourir ?

Sur la première question, l'on peut dire que, par cela même que le créancier n'était point obligé de recevoir d'un cohéritier sa part dans la dette, ce cohéritier, en ne lui offrant pas un payement intégral, lorsque c'était une chose qu'il pouvait faire, parce que l'obligation était d'une somme ou d'une autre chose qu'il pouvait se procurer, *a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité* relativement au créancier, tout comme le cohéritier qui n'a pas offert sa part, sur la demande qui lui a été faite de payer la dette ; et en conséquence que, comme lui, il doit être tenu de la peine pour le total, sauf son recours contre le cohéritier qui est cause, à son égard, qu'elle a été encourue.

Cependant tel ne nous paraît pas être le sens de notre article 1233 : il ne semble point exiger que les autres héritiers aient réellement payé leur part, pour qu'ils ne soient tenus de la peine que pour leur portion seulement. S'ils l'ont offerte, il n'est pas vrai de dire qu'ils ont empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité, ce qu'exige cet article pour qu'ils soient passibles de la peine chacun pour le tout : c'est leur cohéritier qui a empêché cette exécution pour le total.

Dans le droit romain, celui-là même qui avait fait encourir la peine, pour n'avoir pas satisfait à l'obligation, n'en était tenu que pour sa part, quand elle consistait dans quelque chose de divisible. Le § *Si sortem* lui-même ne dit pas en effet qu'aucun des héritiers en soit tenu pour le tout. A la vérité, suivant Pothier, nº 360, dont la décision a été adoptée par les rédacteurs du Code, celui qui a fait encourir la peine en est tenu pour le total, même vis-à-vis du créancier, mais ce n'est pas directement : il n'en est tenu directement que pour sa part, et indirectement pour le surplus, comme obligé à indemniser ses cohéritiers du préjudice qu'il leur cause ; et le créancier ayant leur droit à cet égard, peut, pour éviter un circuit inutile d'actions, lui demander la peine en totalité. Mais cela ne peut se dire de ceux des héritiers qui ont voulu exécuter l'obligation, et qui loin de devoir une indemnité aux autres, auraient au contraire droit d'en réclamer une s'ils étaient obligés de payer une partie quelconque de la peine.

Du reste, nous pensons bien que si plusieurs des héritiers, ou tous, mis en demeure de remplir l'obligation principale, s'y étaient refusés, la peine serait encourue pour le total par chacun d'eux, d'après notre article 1233, seconde disposition ; sauf le recours entre eux, au profit de celui qui l'aurait payée. Car, dès que le créancier a le droit de réclamer la peine en son entier contre celui qui a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité, il a par cela même le droit de la réclamer pour le tout contre tous ceux qui sont dans le même cas. Il y a lieu d'appliquer la règle de Dumoulin. *Nec is qui peccavit ex eo relevari debet quod peccati consortem habuit : multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat.* Cette décision est une conséquence de la disposition de notre article, qui ne dit pas, comme on le disait dans notre ancienne jurisprudence, que c'est indirectement que le débiteur qui a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité, est tenu de la peine en son entier ; mais qui dit, au contraire, d'une manière absolue qu'il en est tenu pour le total par rapport au créancier. Mais autre chose est un héritier qui, mis en demeure de satisfaire à l'obligation, n'y satisfait pas ; autre

chose est un héritier qui offre d'y satisfaire pour la part pour laquelle il a succédé au débiteur. Les deux cas sont donc bien différents, et, répétons-le, suivant le § *Si sortem* lui-même, on n'eût pas pu lui demander au delà de sa part dans la peine. Dans notre ancienne jurisprudence, non plus, on n'eût pu exiger de celui des héritiers qui avait offert de payer sa part dans la dette, que sa part dans la peine; car il ne pouvait être tenu directement que de cela, et, pour le surplus, il n'en pouvait pas être tenu indirectement du chef du cohéritier, puisqu'il ne lui avait fait aucun tort; au contraire, c'était le cohéritier qui eût dû l'indemniser. Ainsi nous sommes bien persuadé que les cohéritiers qui ont fait constater leur offre d'exécuter l'obligation pour leur portion, ne peuvent pas devoir la peine pour le tout, mais seulement pour leur part, et encore sauf leur recours.

La seconde question posée d'abord présente plus de difficulté. En effet, si, dans le cas où le créancier a reçu volontairement, avant l'échéance ou à l'échance de la dette, la part d'un ou plusieurs des héritiers dans ladite dette, sans faire de réserve quant à la peine, il peut encore l'exiger d'eux pour leur part, et pour le tout de celui qui l'a fait encourir, il est clair qu'il reçoit tout à la fois le principal et la peine hors le cas où l'un et l'autre peuvent être exigés; et l'on méconnaît aussi la règle de l'art. 1231, qui porte que la peine peut être modifiée par le juge lorsque la dette a été acquittée en partie. Car, quoiqu'elle eût été stipulée pour le simple retard, comme dans les cas ci-dessus donnés en exemple, elle est sans cause pour une partie, puisque pour une partie de la dette il n'y a pas eu de retard.

Le § *Si sortem,* il est vrai, statue dans l'hypothèse où l'un des héritiers a payé sa part de la dette, et néanmoins il décide que cet héritier n'est pas exempt de la peine (pour sa part), si le cohéritier ne paye aussi sa portion dans l'obligation principale, tandis que le § *Cato*, de la loi 4, ff. *de Verb. oblig.* veut, au contraire, que celui des héritiers qui a acquitté sa part dans la dette divisible, soit affranchi de la peine; et c'est aussi ce que décide la première disposition de notre art. 1233.

Pothier ne s'explique pas positivement sur ce point. Il dit seulement, sur la loi 85, § 6 *hoc. tit.*, que « dans le cas où l'un des héritiers du « débiteur d'un fonds (ce qui est l'objet d'une « obligation divisible *quoad obligationem*, quoi- « qu'elle soit indivisible *quoad solutionem*, est « en demeure de livrer sa part dans ce fonds, « les offres des autres héritiers de donner les « leurs, *la cession même qu'ils en auraient faite « au créancier, qui ne l'aurait acceptée qu'en « attendant, et comptant sur la cession du sur- « plus,* n'empêcheraient pas le créancier de pou- « voir demander la peine pour le total, en offrant « néanmoins de se désister des portions de l'hé- « ritage qu'il aurait reçues; car il ne peut avoir « l'un et l'autre. » Et ensuite, dans l'espèce du § *Si sortem*, où l'un des héritiers du débiteur en ne satisfaisant pas à l'obligation a encouru la peine, et l'a fait encourir aux autres, sauf leur recours, Pothier suppose seulement que ceux-ci étaient *prêts à satisfaire à la dette pour leurs portions.* Il ne suppose pas qu'ils l'ont payée, ainsi qu'on le suppose dans le § *Cato*. Toutefois, il résulte de ces expressions restrictives de Pothier, citées d'abord : *qui ne l'aurait acceptée qu'en attendant, et comptant sur la cession du surplus*, que cet auteur pensait, *e contrario*, que, hors le cas de cette réserve, car ces mots en expriment une, le créancier, en recevant volontairement de l'un des héritiers sa part dans l'obligation principale, ne peut plus lui demander une portion de la peine, quoique l'autre héritier ne satisfît pas ensuite à l'obligation pour sa part.

Nous croyons, en effet, que tel est le sens de la dernière disposition de l'art. 1233 combinée avec la première. Nous convenons bien, du reste, qu'elle statue sur un cas différent, celui où la peine a été ajoutée à une obligation divisible, mais en vue que le payement ne pût se faire partiellement; tandis que la première partie de l'article statue sur le cas d'une peine jointe à une obligation divisible, en vue seulement de l'inexécution de cette obligation; et c'est la différence signalée par Cujas, Dumoulin et Pothier, pour concilier le § *Cato* de la loi 4, ff. *de Verb. oblig.* avec le § *Si sortem* de la loi 5, au même titre, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Mais cela ne fait rien quant à la question qui nous occupe maintenant : la seule différence, et elle est importante toutefois, qui existe entre les deux dispositions de l'art. 1233, relativement à la peine, c'est que dans la première, chacun des héritiers peut faire des offres

de sa part de la dette, et peut éviter par là d'encourir la peine même pour sa part ; au lieu que dans la seconde, un héritier ne peut, pour éviter la peine, même pour sa part, faire des offres de sa portion dans la dette, si ses cohéritiers n'offrent en même temps les leurs, attendu que le payement ne peut se faire partiellement contre le gré du créancier. Mais dans ce dernier cas comme dans le premier, si le créancier a bien voulu recevoir de l'un des héritiers sa part dans la dette, sans réserver ses droits quant à la peine aussi contre cet héritier, et pour sa part, celui-ci en est affranchi : autrement il réclamerait ensuite une partie de la peine *sine causa*, celle correspondante à la partie de l'obligation qui a été acquittée, ce qui serait blesser la règle qu'on ne peut avoir le principal et la peine. Elle n'a point été encourue pour cette partie, même pour le simple retard, puisqu'il n'y a pas eu de retard quant à cette partie de la dette qu'il a bien voulu recevoir.

En l'absence de la réserve de ses droits quant à la peine, soit par rapport à l'héritier qui lui a fait le payement, soit par rapport à celui qui n'a pas satisfait à l'obligation, on peut soutenir que le créancier ne serait même pas en droit d'exiger de ce dernier la totalité de la peine ; car la dette ayant été acquittée en partie, cette peine reste soumise à la règle générale de l'art. 1231, et par conséquent le juge pourrait la modifier, en la réduisant à des proportions convenables, suivant les circonstances, en raison du tort que le défaut de payement intégral à l'échéance aurait pu faire éprouver au créancier, qui a bien voulu lui-même consentir à recevoir un payement partiel d'un cohéritier, sans faire de réserve au sujet de la peine.

Mais si, en recevant de l'un des héritiers, avant l'échéance de la dette, ou même lors de l'échéance, le payement de sa part, le créancier réserve ses droits quant à la peine, qui serait due sans préjudice de l'obligation principale, cette peine, le cas échéant, est encore due par l'héritier qui a fait le payement, et pour sa part ; et elle est due par l'autre pour le tout. Elle serait due aussi pour le total par ce dernier, quoiqu'elle n'eût été réservée spécialement qu'à son égard seulement, puisque le créancier pouvait renoncer au droit de l'exercer vis-à-vis du cohéritier qui lui a fait le payement, sans faire de tort pour cela à l'autre, qui, l'ayant fait encourir, n'a point d'indemnité à réclamer de son cohéritier à ce sujet, mais qui, au contraire, lui en devrait une si celui-ci se trouvait avoir payé une portion de la peine.

580. En résumé, dans les obligations indivisibles de livrer, de faire ou de ne pas faire, avec clause pénale, comme celles de livrer une servitude, ou de ne pas troubler quelqu'un dans la jouissance d'une servitude, et la plupart de celles de faire un certain ouvrage, la peine est encourue pour le total par chacun des héritiers du débiteur, pour n'avoir pas fait la chose, sauf le recours de celui qui l'a payée ; mais elle n'est encourue par ceux qui ont déclaré ne point s'opposer à l'exercice de la servitude promise par le défunt sur son fonds, ou qui n'ont point contrevenu à la promesse qu'il avait faite de ne point troubler le tiers, que pour leur part seulement, et sauf leur recours.

Dans les obligations de ne pas faire, *quæ recipiunt divisionem,* aussi avec clause pénale, telles qu'étaient, dans le droit romain, celles que les jurisconsultes rendaient par ces mots, *amplius non agi*, la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, en sa qualité d'héritier, lui fait encourir la peine pour le tout, s'il contrevient à toute l'obligation, comme dans les obligations indivisibles ; et ceux qui n'y ont point contrevenu ne sont nullement tenus de la peine, à la différence des obligations indivisibles, où ils doivent leur part de la peine, sauf leur recours. Mais si le contrevenant n'a contrevenu à l'obligation que pour sa part, il ne doit la peine que pour sa part, et les autres qui n'y ont point contrevenu ne doivent rien à ce sujet.

Par exemple, si je me suis engagé, sous une peine, à ne point vous troubler dans la jouissance d'un certain héritage ; celui de mes héritiers qui vous en demandera la restitution devra la peine pour le tout, si cet héritage n'est pas le sien : il devra la peine pour sa part, *tanquam hæres pro parte*, et le surplus à raison de son dol, *propter bonam fidem præstandam*, *quæ est individua*. Si l'héritage lui appartenait, il ne devrait la peine que *pro parte hæreditaria* et *tanquam hæres pro parte*; car il n'y aurait pas de dol dans

celui qui réclamerait une chose qui lui appartiendrait. Il ne la devrait aussi que pour partie même dans le cas où le fonds ne lui appartiendrait pas, s'il ne le réclamait que pour partie seulement. Et les cohéritiers qui exécuteraient l'obligation, en ne troublant point celui qui a fait la stipulation, ne devraient aucune partie de la peine. A ce cas s'applique parfaitement la première disposition de l'art. 1233, ainsi que le § *Cato* de la loi 4, ff. *de Verb. oblig.* analysé plus haut; et telle est la doctrine de Dumoulin et de Pothier, comme on a pu le voir par ce qui précède.

A plus forte raison en est-il ainsi dans les obligations de donner, divisibles aussi bien sous le rapport du payement que sous celui de l'obligation, *puta* une somme ou une certaine quantité de denrées, lorsque la clause pénale a été ajoutée seulement en vue de l'inexécution de l'obligation, et non pas en vue que le payement ne pût s'en faire partiellement : celui-là seul des héritiers qui n'a pas payé ou régulièrement offert de payer sa part, doit la peine, et il ne la doit que pour sa portion.

Cela peut avoir lieu aussi dans certaines obligations de faire, divisibles aussi à raison de l'objet, et susceptibles d'être exécutées aussi bien par les héritiers du débiteur que par le débiteur lui-même, par exemple dix journées de travail pour moissonner.

Enfin, dans les obligations de donner ou de faire, divisibles même *quoad solutionem*, si la clause pénale a néanmoins été ajoutée dans l'intention que le payement ne pourrait se faire partiellement, le créancier est en droit de refuser les offres qu'un héritier lui ferait de sa part dans la dette ; et si aucun de ceux qui ont été mis en demeure ou qui y sont par l'effet même de la convention, parce qu'elle porterait que, par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure, ou parce que la chose qu'il se serait obligé de faire ou de donner ne pouvait être faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer; si, disons-nous, aucun d'eux n'a satisfait à l'obligation, la peine est encourue pour le total par chacun, sauf le recours entre eux. Mais à l'égard de ceux qui ont offert en temps utile d'exécuter l'engagement pour leur part, la peine n'est encourue aussi contre eux que pour leur part seulement, et sauf leur recours contre ceux qui l'ont fait encourir. Et si le créancier a bien voulu recevoir leur part dans la dette, sans faire de réserve soit contre eux soit contre les autres quant à la peine, les premiers en sont affranchis, et elle doit même être réduite quant aux derniers. S'il a fait ses réserves, elles produiront leur effet.

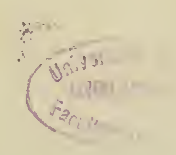
Celui des cohéritiers qui a encouru la peine ou une partie de la peine par la faute de son cohéritier, et qui a été obligé de la payer, a droit aussi à être indemnisé des frais et dépens qu'il a été obligé de supporter (art. 1382), et aux intérêts des sommes qu'il a déboursées en raison ou à l'occasion de la peine, parce qu'il a fait leur affaire, comme une caution ou un mandataire, et qu'une caution ou un mandataire a droit aux avances de ce qu'ils ont payé pour le débiteur (Art. 2001 et 2028) (1).

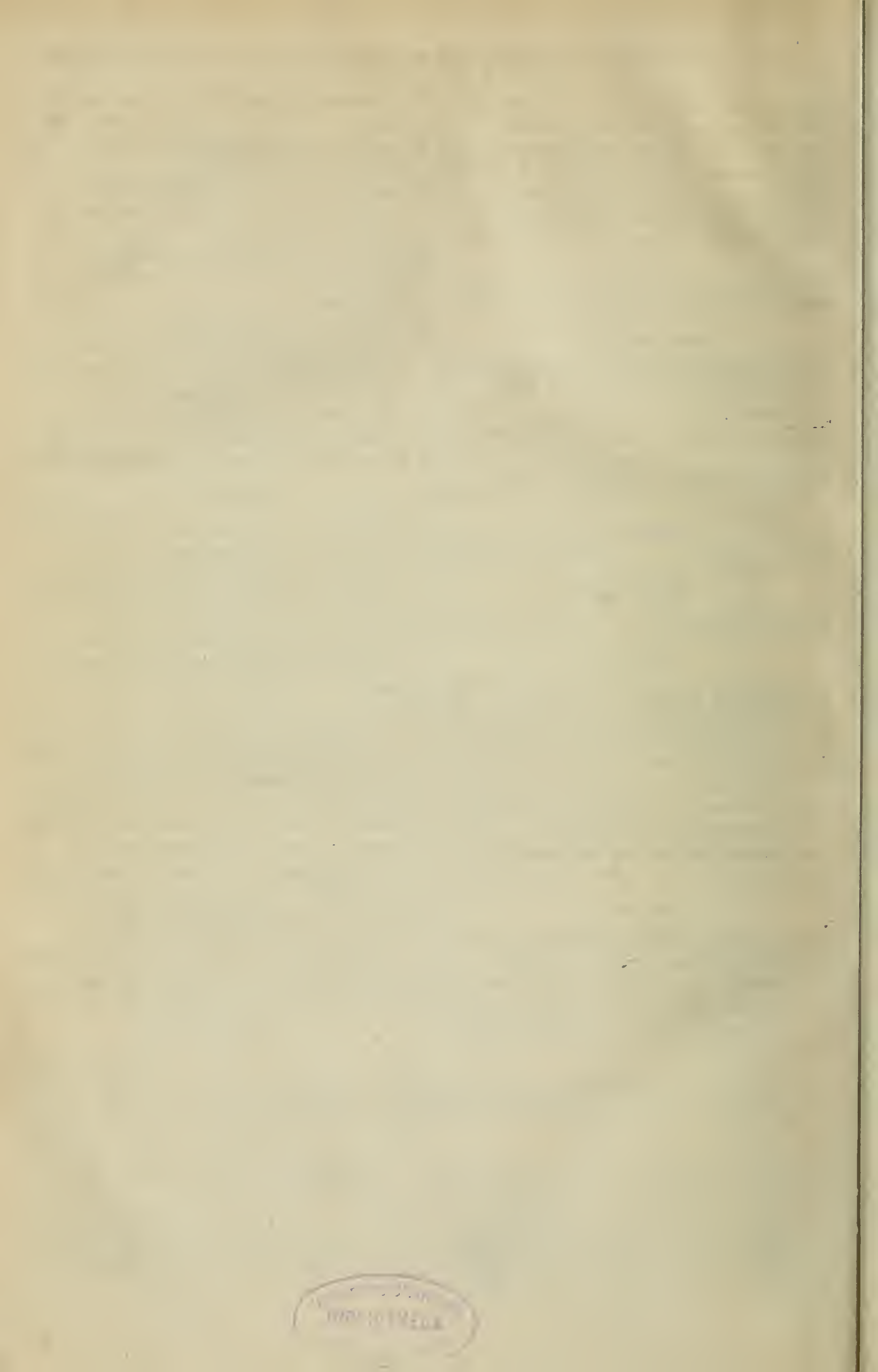
(1) Code de Hollande, art. 1847 et 1876.

FIN DU SIXIÈME VOLUME (DIXIÈME ET ONZIÈME DE L'ÉDITION DE PARIS).

TABLE DES MATIÈRES.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.








a39003 008539917b
DATE DUE
CAT. NO. 1137

